

El contrato del dos mil

Ensayos de la Revista de Derecho Privado
N.º 1

Vincenzo Roppo

El contrato del dos mil

Milagros Koteich
(Trad.)

Universidad Externado de Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

ISBN 958-616-938-3

- © **VINCENZO ROPPO, 2005**
- © **MILAGROS KOTEICH (trad.), 2005**
- © **EDITORIAL G. GIAPPICHELLI - TORINO, 2005**
- © **UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2005**
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá - Colombia. Fax 342 4948.
[www.librosuexternado.com]

Primera edición: mayo de 2005

Diseño de cubierta, composición, impresión y encuadernación:
Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

CONTENIDO

A MODO DE INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO PRIMERO	
EL CONTRATO Y LAS FUENTES DEL DERECHO	15
I. El contrato como norma: teorías	15
II. El contrato como norma: evidencias empíricas	16
III. El contrato como norma, y las paradojas de la globalización: “comerciantes del derecho” e “incumplimiento eficiente”	17
IV. Las normas sobre el contrato: ¿agotada la fuerza propulsora de la Constitución?	19
V. Las normas sobre el contrato: dominación de las leyes especiales	20
VI. Las leyes especiales de última generación: leyes de matriz europea, leyes de regulación del mercado	21
VII. Cambia el ritmo de la circulación transfronteriza de los modelos	23
VIII. Dominan las normas imperativas; se abandonan las normas dispositivas y los usos	24
IX. El lenguaje legislativo sufre contaminaciones provenientes de la jerga	26
X. Se enturbian las coherencias del sistema. Dos ejemplos: nulidades especiales, y rescisión de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales	27
XI. Se multiplican las normas delegadas. Calidad del <i>drafting</i> normativo, y nueva relevancia del cuestionamiento sobre el exceso de delegación: el caso del anatocismo bancario	29

- XII. Se multiplican las normas subprimarias:
 del papel normativo de las *authorities* sectoriales
 a la nueva relevancia de los cuestionamientos
 sobre la reserva de ley (y, por esta vía, ¿de la
 tutela constitucional del contrato?) 32

CAPÍTULO SEGUNDO

CONTRATO DE DERECHO COMÚN, CONTRATO CON EL CONSUMIDOR, CONTRATO CON ASIMETRÍA DE PODERES CONTRACTUALES: GÉNESIS Y DESARROLLOS DE UN NUEVO PARADIGMA	35
I. Contrato con el consumidor: el cuerpo normativo	35
II. Los problemas y el punto de vista	36
III. Las diferencias de regímenes entre el contrato con el consumidor y el contrato de derecho común, desde el punto de vista de los remedios	37
IV. Primero: La difusión de las rescisiones por arrepentimiento	38
V. Segundo: nuevos vínculos, nuevas causales de invalidez	39
VI. Tercero: la contención de las consecuencias de la invalidez	42
VII. Los puntos de fractura de relevancia sistémica entre el contrato con el consumidor y el contrato de derecho común	43
VIII. Primero: la adherencia al valor del vínculo contractual	44
IX. La esterilización de la regla sobre la nulidad parcial (y con ella, de los principios de la causa y de la buena fe)	45
X. Tercero: la intervención sobre el equilibrio (inclusive económico) del contrato. Los principios de la tradición	46
XI. Sigue. Los nuevos regímenes: relevancia del desequilibrio (originario), bien sea normativo o económico	48
XII. Sigue. Los aspectos que caracterizan el nuevo modelo de control sobre el equilibrio económico del contrato: alusión a los contratos celebrados según la fisiología de las relaciones sociales	52

xiii. Sigue. El régimen del contrato usurario es extraño al nuevo modelo de control sobre el equilibrio económico del contrato	54
xiv. Cuarto. La creciente ausencia de diferencias entre reglas de validez y reglas de comportamiento/ responsabilidad. La tradicional separación, y las primeras fracturas jurisprudenciales	56
xv. Sigue. La mezcla entre los dos órdenes de reglas se acentúa con los nuevos regímenes del contrato con el consumidor	58
xvi. El nuevo paradigma contractual: área de influencia, y fuerza expansiva más allá del contrato con el consumidor	61
xvii. Del contrato con el consumidor al contrato con asimetría de poderes contractuales entre las partes	64
xviii. Correspondencias transnacionales	64

CAPÍTULO TERCERO

PARTIENDO DE LA FORMACIÓN: DIVAGACIONES NO MUY ORTODOXAS EN MATERIA DE CONTRATOS	69
i. La formación del contrato: un tema noble, un tema actual, un tema aparentemente dramático	69
ii. ¿Pero es realmente tan dramático? La hipótesis de una “desdramatización” selectiva	72
iii. El problema de la formación del vínculo contractual como alternativa entre las distintas técnicas de protección del interés digno de tutela	73
iv. Casos de surgimiento de la alternativa entre tutela por vínculo y tutela por resarcimiento: revocatoria de la oferta e indemnización del destinatario de la oferta; responsabilidad precontractual; apariencia de poderes representativos	75
v. Sigue. El régimen de la rescisión ilegítima en el arrendamiento de vivienda (inc. 3.º art. 3.º Ley 431 de 1998) como reflejo de la importancia de dos elementos: la fuerza del hecho y el protagonismo de la cuantificación del resarcimiento	78

VI. Sigue. La importancia de los mismos elementos se manifiesta también en un plano más general: los remedios frente a la inejecución del contrato	81
VII. Sigue. Un breve retorno a la revocatoria de la oferta, formación progresiva, contrato con representante falso	84
VIII. El contrato “a la americana”: ¿en crisis la idea del contrato como vínculo?	86
IX. “Desdramatización” selectiva, y criterios de selección: la importancia de la producción de efectos traslaticios, y de la posibilidad de ejecución en forma específica	88
X. Por un nuevo protagonismo de la distinción entre contratos con efectos obligatorios (contratos para la cooperación) y contratos con efectos reales (contratos sobre la pertenencia)	90

A MODO DE INTRODUCCIÓN

1. A finales del año 2000 terminaba el borrador de mi “Contrato” (V. ROPPO. “El contrato”, en *Tratado de derecho privado*, G. IUDICA y P. ZATTI [dirs.], Milano, Giuffrè, 2001), cuya escritura me había ocupado durante el trienio anterior.

Lo terminaba con sentimientos encontrados. Por un lado, un poco de satisfacción, porque no estaba descontento con el resultado; y mucho alivio, como el que siempre se experimenta por la culminación del trabajo. Pero por otro lado, un cierto sentimiento de desasosiego, una tensión sin resolver; el mismo desasosiego, la misma tensión que siempre, en alguna medida, me había acompañado durante la escritura.

Hablo de la tensión entre la necesidad de reflejar (y en consecuencia manifestar) un grado apreciable de estabilidad y definición de la materia –la figura y el régimen contractual–, sin lo cual habría sido difícil exponer el marco “institucional” que la naturaleza de esta obra requería; y la conciencia que dicha materia es hoy atacada por factores de transformación que en realidad dejan el contrato a la deriva, haciendo que la figura y el régimen del instituto se muestren con rasgos poco estables y definidos.

Respecto de estas circunstancias, y de las consecuencias que resultan en términos de creciente inestabilidad e indefinición de la materia contractual, no podía yo callar del todo, porque de lo contrario habría dado al lector un panorama incompleto y poco realista. Y de hecho algo dije, pero no podía decir mucho, porque insistir sobre los elementos de

“crisis” me habría conducido a dar al lector un panorama menos límpido y coherente de lo que consideraba necesario; dije poco, reprimiendo la tentación (a veces muy fuerte) de decir más. De allí el desasosiego.

2. Pero en la primera mitad del 2001, gracias a los congresos (académicos y no), aquel sentimiento de tensión y desasosiego pudo encontrar algún desahogo. Invitado como ponente a cuatro congresos en materia de contratos, tuve en esas instancias, en efecto, la oportunidad de desarrollar más cumplidamente indagaciones y reflexiones sobre los procesos de crisis y transformación que hoy alejan el instituto de los tradicionales modelos de referencia, y que en el libro recién acabado había tenido en gran medida (y con algún sufrimiento) que “autocensurar”.

Diversamente reelaboradas, las ponencias resultaron en pequeños ensayos, cada uno de los cuales se encuentra en curso de publicación en revistas y/o en algún volumen de estudios “en honor a”. Acá los replanteo en forma conjunta.

Del congreso “Imágenes contemporáneas de las fuentes del derecho, entre memorias históricas y escenarios futuros”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa (Pisa, 1 a 3 de marzo de 2001), salió “El contrato y las fuentes del derecho”; del congreso “El contrato y las tutelas. Perspectivas de derecho europeo”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma Tres (Roma, 31 de mayo a 1.º de junio de 2001), y del encuentro de estudios “Cuestiones actuales en tema de contratos”, organizado por el Consejo Superior de la Magistratura (Roma, 12 a 14 de julio de 2001), salió “Contrato de derecho común, contrato con el consumidor, contrato con asimetría de poderes contractuales: génesis y desarrollos de un nuevo paradigma”; del congreso “El nuevo derecho de los contratos: problemas y perspectivas”, organizado por el Colegio de Abogados de Crotone, con el patrocinio del Consejo Nacional Forense (Crotone, 24 a 26 de mayo de 2001), salió “Partiendo de la formación: divagaciones no muy ortodoxas en materia de contratos”.

3. Entonces, las tres partes que componen este pequeño libro no fueron concebidas, *ex ante*, como relacionadas entre sí, y sin embargo, *ex post*, me parece que las mismas permiten una presentación conjunta, dentro de un marco unitario.

¿Qué es lo que permite esa unidad? El hecho que las tres tienden, cada una desde su específico punto de vista, a dibujar el cuadro de los factores de “crisis” de la figura y el régimen contractual tradicionales, y (de manera absolutamente embrionaria) las líneas de un nuevo paradigma contractual, que emergen sobre todo de la legislación sectorial de los años 90 del siglo xx, aquellos “diez años que sacudieron el contrato”, y que nos entregan, en los umbrales del siglo xxi, un instituto en buena medida rediseñado respecto de los esquemas de la tradición (de la tradición más lejana, pero también de aquella relativamente cercana). De allí entonces el título: “El contrato del dos mil”.

Pero atención, el nuevo paradigma contractual, que se puede entrever detrás de la crisis del viejo, no está para nada completamente definido, es reflejo de una realidad aún mágica, apenas naciente. El estudioso del contrato percibe hoy un proceso llevado a cabo con tendencias no siempre claras, con desarrollos contradictorios, con movimientos desatinados. Un proceso que el civilista puede comenzar a registrar y, tentativamente, a descifrar, pero sabiendo que para lograr resultados analíticos y reconstructivos más seguros y confiables deberá seguir dicho proceso con paciente y constante inteligencia en los años venideros.

En tal perspectiva, este texto pretende ser sólo un pequeño y parcial aporte en el marco de un trabajo de mayor envergadura, que deberá contar con el compromiso de toda la comunidad de civilistas.

Diciembre de 2001

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONTRATO Y LAS FUENTES DEL DERECHO

I. EL CONTRATO COMO NORMA: TEORÍAS

La reflexión sobre las relaciones entre el contrato y las fuentes del derecho gira, generalmente, alrededor de dos ejes: el contrato como fuente y las fuentes del contrato.

El primer eje organiza un debate que tiene naturaleza prevalentemente conceptual, teórica. Lo domina una cuestión: si, y en qué sentido, el contrato puede verse como factor de producción de normas jurídicas y, en consecuencia, como fuente del derecho en sí mismo.

Cuestión ésta inmensa y vertiginosa; quien la afronta, puede partir de algunos datos normativos elementales, como el “regular” del artículo 1321 C. C.; o la “fuerza de ley” del inciso 1.º artículo 1372 C. C.; o también la “autonomía” que menciona el artículo 1322 C. C.

Pero luego se enfrenta con algunos de los pasajes más importantes de la reflexión iusteórica producida por el siglo xx (¡ese siglo que aún nos cuesta llamar “pasado”!). En el marco de esa reflexión, la idea del contrato como norma nutre y reúne diversas corrientes de pensamiento, muy distintas entre sí.

HANS KELSEN la tiene como fundamento de la relación entre el contrato y el ordenamiento jurídico, colocando claramente el contrato (y, en términos más generales, el negocio jurídico) dentro del *Stufenbau* del ordenamiento,

en cuanto es productor de normas (convencionales) funcionalmente unidas a normas (legales) de nivel superior, que las legitiman.

Pero viéndolo bien, la misma idea sostiene una concepción que en muchos aspectos es antitética a la kelseniana, como la concepción de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos de SANTI ROMANO, porque en definitiva el contrato es la base de muchos de los ordenamientos privados, que al lado del ordenamiento estatal y en igualdad de posiciones dan cuerpo a la realidad jurídica en su conjunto.

Y es siempre la idea del contrato como norma la que sostiene la teoría de la “preceptiva” que identifica la esencia del fenómeno contractual (y negocial) con la autorregulación de los intereses privados.

II. EL CONTRATO COMO NORMA: EVIDENCIAS EMPÍRICAS

En el plano empírico, la concepción que atribuye al contrato calidad de fuente del derecho encuentra fundamento en fenómenos de nuestro tiempo, que exaltan el valor general o, en todo caso, superindividual de la regla contractual.

El pensamiento se dirige naturalmente a los contratos estándar, y a la destacada intuición de RAYMOND SALEILLES sobre el alcance normativo de las condiciones generales del contrato.

Luego a los contratos colectivos, que se reconducen a la figura no por casualidad definida como contrato “normativo”.

Después, también, a la creciente difusión y relevancia de los contratos asociativos, que crean las organizaciones y determinan, con los estatutos, las reglas de su funcionamiento.

En fin, al fenómeno, cada vez más difundido, de la autorregulación gremial: las asociaciones representativas de los gremios de profesionales elaboran reglas para disciplinar el comportamiento de los asociados en el ejercicio de la actividad respectiva y frente a las correspondientes relaciones

externas (normalmente con los clientes); la sujeción a estas normas de producción privada tiene base contractual, porque el individuo, como integrante del gremio, se encuentra sujeto a ellas en cuanto ha adherido, por medio del contrato asociativo, a la organización que las produce.

III. EL CONTRATO COMO NORMA, Y LAS PARADOJAS DE LA GLOBALIZACIÓN: “COMERCIANTES DEL DERECHO” E “INCUMPLIMIENTO EFICIENTE”

El fenómeno que ya estamos acostumbrados a llamar “globalización” (y que sustancialmente coincide con una gigantesca transferencia de funciones del Estado a los mercados) tiene una relación ambigua con el contrato, pues, por un lado, exalta su fuerza normativa, pero, por el otro, la socava.

Quien analiza las consecuencias institucionales de la globalización advierte, entre otras cosas, que los procesos de producción normativa cuentan hoy con un nuevo actor, cuya participación es cada vez mayor. Se trata de las grandes compañías multi o transnacionales y sus respectivos brazos jurídicos, o las grandes *law firms*, que a su vez se organizan y funcionan a escala planetaria. Advierte, más exactamente, que el derecho viviente que hoy regula las grandes transacciones económicas, aunque también las microtransacciones en masa de bienes o de servicios de consumo, no emana más, en forma prevalente, de las leyes del Estado, sino que por el contrario, siempre en mayor medida, se identifica con cuerpos de reglas producidos por las mismas empresas que de aquellas operaciones y transacciones son las protagonistas, es decir, reglas forjadas, técnicamente, en las cláusulas de los contratos redactados por los abogados que asisten a dichas empresas.

Podría decirse: normas creadas a golpe de contrato. Porque el contrato se vuelve práctica; la práctica genera el uso; y el uso crea la norma.

En consecuencia, ¿se trata de un regreso a la *lex mercatoria*? Sí y no. Sí, si se considera el elemento común de una autoproducción de las normas por obra de sus mismos destinatarios (sea que se llamen –como en algún momento– “clase de los comerciantes”, o también –como hoy– *business community*). No, en cambio, si se toman en cuenta los modos y los momentos de la producción, porque mientras la tradicional *lex mercatoria* se construía con base en la “larga duración”, de desarrollo lento y constante, por superposiciones y sedimentaciones sucesivas, las reglas creadas por los nuevos “comerciantes del derecho” (por retomar el feliz epíteto de YVES DEZALAY) siguen ritmos de formación/ transformación más acelerados y violentos, con la lógica del tirón y el golpe intencionales; antes que con el crecimiento espontáneo. Dije: normas creadas “a golpe de contrato”. Agregó: a golpe de esquemas contractuales siempre listos para ser modificados, en un proceso de adecuación cerrado y veloz, de acuerdo con las exigencias cambiantes de las empresas predisponentes.

Pero si en la perspectiva apenas señalada la globalización exalta la fuerza normativa del contrato, desde otra óptica tiende a socavarla.

Es cierto que por efecto de la globalización, el contrato, en lugar de la ley, tiende a colocarse como el paradigma dominante de la *regula iuris*. Pero, ¿qué modelo de contrato? El contrato de la economía y de la sociedad globalizadas es un contrato en el cual el valor de la flexibilidad prima sobre los valores de la certeza y la estabilidad. Un modelo contractual que se inclina peligrosamente hacia el extremismo del ala radical del análisis económico del derecho que –siguiendo una vieja sugestión de OLIVER W. HOLMES– teoriza el incumplimiento “eficiente” (*efficient breach*), o hace derivar del contrato no obligaciones de cumplimiento, sino poderes de elección entre cumplimiento e incumplimiento/ resarcimiento; plantea la opción entre respeto y violación del contrato en un terreno de indiferencia axiológica; y la

reduce a apreciaciones de pura conveniencia económica, privilegiando la solución que garantice la “mejor” colocación de los recursos.

En síntesis, un modelo de contrato cada vez menos tributario a la idea del vínculo, a la inviolabilidad del *pacta sunt servanda*, a la metáfora de la “fuerza de ley”; es decir, un modelo de contrato cada vez menos adherido al paradigma de la norma, según lo entendemos tradicionalmente.

IV. LAS NORMAS SOBRE EL CONTRATO: ¿AGOTADA LA FUERZA PROPULSORA DE LA CONSTITUCIÓN?

El segundo eje de la reflexión acerca del contrato y las fuentes del derecho es aquél que tiene al contrato no ya como fuente del derecho en sí mismo, sino como una realidad expuesta a fuentes del derecho externas, distintas de sí mismo, es decir, a las fuentes heterónomas que lo convierten, antes que en factor que regula, en hecho regulado.

Tradicionalmente, cuando se piensa en el sistema de las fuentes del derecho de los contratos se parte del reconocimiento de los macro-componentes de ese sistema, y de sus cambios progresivos. Los macro-componentes son tres: en el centro están las normas del código; sobre ellas, las normas de la Constitución; al lado de ellas, las leyes especiales.

Lo más importante se relaciona con la ley fundamental, pues, el observador advierte cierto agotamiento de la fuerza propulsora de la Constitución, como factor normativo capaz de incidir sobre la figura y el régimen contractual.

La época de oro, en ese sentido, fue la de los años 70 del siglo xx. En ese momento la doctrina determinaba con generosidad la posible incidencia, en el plano de las reglas contractuales, del principio de solidaridad del artículo 2.º C. P. [italiana], o de los principios de socialización del inciso 2.º artículo 41 C. P., preguntándose si de ellos podían surgir directamente causales de impugnación o de invalidez. Y luego, en otra perspectiva, con fervor se discutía sobre el grado y sobre

los modos de una tutela constitucional del contrato y de la libertad contractual, dividiéndose entre quienes defendían una tutela directa y quienes preferían figurarse una tutela indirecta, filtrada por el *medium* de la protección constitucional de la iniciativa económica (art. 41 C. P.). Mientras, la misma Corte [Constitucional italiana] producía reiteradamente sentencias (casi siempre de rechazo) dedicadas a valorar en qué medida la libertad contractual tenía cobertura constitucional, y a decidir si –y en qué medida– debía considerarse vulnerada por ésta o aquélla ley ordinaria de carácter restrictivo o compulsivo de la autonomía privada.

Pero fue una estación breve. Pasados los años 70 y los primeros años de los 80, aquella clase de jurisprudencia comenzaba a ser una rareza, para después desaparecer. Por otra parte, está visiblemente mermado –inclusive en la doctrina– el empeño por tener a las normas constitucionales como fuente del derecho contractual, bien en su sentido primario, como criterio de legitimidad de las leyes, o bien en su posible papel de regla susceptible de aplicación directa a las relaciones contractuales litigiosas.

¿Ocaso definitivo o eclipse sólo temporal? Ésta es una cuestión intrigante, pero no la abordaremos aquí, salvo por una pequeñísima idea que se dará luego.

V. LAS NORMAS SOBRE EL CONTRATO: DOMINACIÓN DE LAS LEYES ESPECIALES

En el mismo momento en que la Constitución queda relegada un poco al margen, el cuadro de las fuentes del derecho de los contratos registra una prominente avanzada de la legislación especial.

Con las consecuencias que la doctrina –ya desde los años 80– ha determinado, analizado y traducido en fórmulas que han tenido un éxito merecido.

La irrupción de las leyes especiales como fuente cada vez más importante del derecho de los contratos significa

descodificación; significa surgimiento, al margen de un código en retirada, de microsistemas extracódigo; significa (en la medida en que las leyes especiales sobre el contrato son leyes relativas a tipos o clases singulares de contratos) nuevo protagonismo de los tipos contractuales, en detrimento del “contrato en general”, y creciente dificultad para reconstruir, en este cuadro de fragmentación cada vez más marcado, una significativa unidad de la figura contractual.

Significa en fin –por lo menos para quien ve en estos procesos algún riesgo de efectos descontrolados e indeseables– el trabajo en aras de la recodificación, de la recomposición de los fragmentos, de la recuperación de la figura y del régimen contractual a un nivel superior de generalidad.

VI. LAS LEYES ESPECIALES DE ÚLTIMA GENERACIÓN: LEYES DE MATRIZ EUROPEA, LEYES DE REGULACIÓN DEL MERCADO

Mas, respecto de las leyes especiales de los años 70 y 80 (cuyo prototipo podría ser la Ley 392 de 1978, sobre arrendamientos urbanos), a partir de las cuales se había iniciado la reflexión sobre la descodificación y los microsistemas, la legislación especial producida en el último decenio del siglo habla de un propio y verdadero salto de calidad, de un cambio de paradigma que obliga a los intérpretes a probarse frente a fenómenos inéditos, frente a transformaciones del derecho de los contratos que van mucho más allá del horizonte contemplado por NATALINO IRTI y sus epígonos.

Me refiero a las leyes –todas importantes, en mayor o menor medida, para la materia contractual– como las atinentes a: cesión de créditos de empresa (Ley 52 de 1991); contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (Dcto. Legislativo 50 de 1992); contratos bancarios y de crédito para el consumo (Dcto. Legislativo 385 de 1993); viajes, vacaciones y planes “todo incluido” (Dcto. Legislativo 111 de 1995); contratos de seguro de vida (Dcto. Legislativo 174 de 1995), y de seguro de daños (Dcto. Legislativo 175 de

1995); contratos relacionados con la prestación de servicios financieros (Dcto. Legislativo 58 de 1998); contratos para la venta de multipropiedad (Dcto. Legislativo 427 de 1998); contratos de suministro (Dcto. Legislativo 192 de 1998); contratos a distancia (Dcto. Legislativo 185 de 1999).

Estas leyes tienen dos características especiales, que las une y al mismo tiempo las diferencia de las leyes especiales sobre los contratos de más vieja generación.

En primer lugar, su origen es europeo. Casi todas las normas que se acaban de mencionar nacen de la implementación de directivas comunitarias. Y dentro de poco (inicios de 2002, si el legislador italiano las implementa) otras dos leyes de importancia contractual y de matriz europea podrán unirse a este elenco, cuando sean recibidas en nuestro derecho interno las directivas 1999/44/CE, relativa a las garantías en la venta de bienes de consumo, y la 2000/31/CE, sobre comercio electrónico.

En segundo lugar, tienen fines de regulación del mercado. Son leyes dirigidas a disciplinar sectores particulares del mercado, o determinadas modalidades de las operaciones de mercado, para dar un orden más eficaz y equitativo a las relaciones entre los protagonistas institucionales del propio mercado (esencialmente entre empresas y consumidores, pero también entre empresas).

Las dos características, típicas de las leyes contractuales de última generación, están a la raíz de las innovaciones que embisten la figura y el régimen contractual en esta vuelta de siglo, innovaciones tan grandes y profundas que llegan a producir verdaderos efectos desestabilizadores, respecto de los términos en que dicha figura y régimen eran tenidos por la tradición. El siglo xx se inicia con los diez días que conmocionaron al mundo (por repetir el título del famoso libro de JOHN REED sobre la revolución bolchevique de 1917); parafraseando ese título, podemos decir que se cierra con los diez años que convulsionaron el contrato (precisamente el decenio de los 90, donde se concentran las nuevas leyes

consideradas desde muchos puntos de vista como “revolucionarias”).

Las innovaciones más importantes se relacionan con los contenidos de los recientes regímenes contractuales, es decir, con las reglas y los principios “sustanciales” que ellos introducen. Pero no son ellos los que nos ocupan en este escrito. Aquí nos ocupa la novedad que el derecho de los contratos registra, pero desde un punto de vista externo, formal, no relativo al contenido; puntos de vista que atienden, en síntesis, al sistema de sus fuentes.

En esa perspectiva, me parecen dignos de destacar seis puntos novedosos. Los señalaré sintética y neutralmente, o sea, sin discutir si, y en qué sentido, se trata de una novedad deseable o más bien reprochable (un juicio que—debiéndose diferenciar y articular en relación con los aspectos particulares, y con las múltiples variables importantes de cada uno de ellos— requeriría de consideraciones más complejas de las que consiente el espacio del presente escrito).

VII. CAMBIA EL RITMO DE LA CIRCULACIÓN TRANSFRONTERIZA DE LOS MODELOS

El hecho que la mayoría de los nuevos regímenes contractuales de los años 90 tenga tras de sí directivas europeas determina que la circulación de los modelos se verifique a ritmos distintos de los tradicionales.

La circulación tradicional de los modelos se producía, normalmente, por la asimilación de influencias doctrinarias y jurisprudenciales, es decir, siguiendo el lento ritmo de la elaboración cultural, por medio de filtraciones graduales, sedimentaciones sucesivas. El ritmo cambia cuando el factor dominante de la circulación no es más el trabajo intelectual, sino la decisión política incorporada en las directivas.

En las directivas (en tanto mediatas y negociadas) casi siempre puede advertirse la influencia marcada de este o aquel modelo nacional. Por limitarnos a un ejemplo bastan-

te conocido, la directiva 1993/13/CE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con el consumidor, se encuentra claramente influenciada por esquemas alemanes.

Las directivas deben ser transferidas a los ordenamientos nacionales en términos apremiantes, lo que se encuentra controlado, cada vez más fuertemente, por el ordenamiento comunitario.

Combinando los dos fenómenos, se tiene que la transposición de las directivas introduce modelos extranjeros en los ordenamientos nacionales, a un ritmo bastante más acelerado y sincopado que aquél que caracterizaba la dinámica tradicional de circulación. Y dicha introducción es mecánica y forzosa, más de cuanto es posible asimilarla culturalmente.

El fenómeno es aún más marcado en nuestro ordenamiento, en virtud de que la reducida influencia “institucional” que Italia ejerce en Bruselas hace que la mayoría de las veces el texto final de las directivas refleje modelos no italianos.

No digo que ello sea necesariamente un mal; digo que es una novedad importante.

VIII. DOMINAN LAS NORMAS IMPERATIVAS; SE ABANDONAN LAS NORMAS DISPOSITIVAS Y LOS USOS

La circunstancia de que las nuevas normas contractuales sean hijas de directivas europeas comporta otra consecuencia.

Las directivas europeas de relevancia contractual tienen normalmente fines de tutela (y más exactamente de tutela “minimalista”) de determinadas categorías de contratantes; en particular, los consumidores. Esto hace que sus disposiciones sean inderogables (o derogables en la medida en que den a los contratantes protegidos un nivel de tutela mayor al mínimo legal). A su tiempo, la legislación nacional receptora, para adecuarse a tales prescripciones de las directivas, debe introducir en los regímenes contractuales respectivos normas inderogables (salvo en favor de las categorías tuteladas)

que permitan salvaguardar la efectividad de los niveles de tutela impuestos comunitariamente.

De allí una severa alteración, en relación con los modelos habituales, de la mezcla que compone el régimen legal de los tipos o de las clases de contratos. Tradicionalmente dentro de dicha mezcla preveían las normas dispositivas o supletivas, entre las cuales esporádicamente se insertaban normas imperativas, que eran vistas como un vínculo excepcional a la libertad contractual, esa que se concebía generalmente como capaz de derogar el régimen legal. Hoy, el orden de la mezcla tiende a invertirse, porque los regímenes contractuales de origen europeo denotan claramente la prevalencia de las normas imperativas (mejor, unilateralmente imperativas, en el sentido descrito arriba) sobre las dispositivas.

Junto a las normas dispositivas, cede también la otra fuente de integración supletiva de la regulación contractual, los usos, también ellos desplazados por el dominio de los regímenes imperativos. En contra de los usos existe también un halo de sospecha, porque se ve en ellos un factor de opacidad de la regulación contractual, en contraste con el siempre máspreciado principio de transparencia, que se encuentra claramente, por ejemplo, en el inciso 6.º artículo 117 T. U. [Texto Único] bancario.

Más precisamente, los usos son vistos como factor de opacidad en los contratos celebrados entre partes que se encuentran en desigualdad de condiciones, porque una de ellas es *insider* respecto de la materia a la cual se refiere el contrato, en la medida en que ejerce profesionalmente el mercado respectivo y conoce su práctica (normalmente, la empresa que ofrece un determinado bien o servicio), mientras que la otra parte se acomoda al contrato en calidad de *outsider*, y en esa medida se encuentra desprovista de los conocimientos adecuados y de la experiencia acerca de la práctica de ese mercado (normalmente, el consumidor, o el inversionista no profesional). El juicio sobre los usos puede

variar si nos referimos a los contratos *business-to-business*, en los que sendas partes son profesionales. Esa la razón por la cual la valorización de los *usages and practices*, abiertamente patrocinada por el artículo 1.8 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, no entra en contradicción con la tendencia opuesta de marginar los usos, que se señaló anteriormente cuando se hizo referencia al contexto particular del contrato con el consumidor.

IX. EL LENGUAJE LEGISLATIVO SUFRE CONTAMINACIONES PROVENIENTES DE LA JERGA

Los nuevos regímenes contractuales tienden a la regulación del mercado. Mejor, a la regulación de los mercados particulares y específicos identificados en atención a la tipología de los bienes o de los servicios que constituyen el objeto del contrato regulado.

La regulación exhibe así su vocación sectorial, es decir, se adhiere íntimamente al sector de mercado respectivo; lo que comporta diferentes consecuencias.

La más inmediata se manifiesta en el terreno del lenguaje legislativo, que se llena cada vez más de términos prestados de la jerga técnico-económica del sector: los “semi-elaborados”, los “prototipos”, los “implementos” de la ley sobre suministro (art. 1.º Ley 192 de 1998); las “órdenes de pedidos” de la misma ley (art. 2.º inc. 3.º), la “destinación turístico-receptiva” del régimen de la multipropiedad (num. 2 lit. c art. 2.º Dcto. Legislativo 427 de 1998); los “paquetes turísticos” del Decreto Legislativo 111 de 1995, etc. Por no mencionar la jerga informática, que –con la novedad del comercio electrónico y de la firma digital– se instala en normas dedicadas a temas clásicos de los contratos, como la forma y el procedimiento de formación.

Estas contaminaciones pueden ser bien recibidas por quien considere que las mismas representan, por un lado, un abandono saludable de un léxico completamente sofisticado,

enrarecido; y por el otro, la recepción de un lenguaje más cercano a la realidad material y social a la cual se dirige la regulación—en una palabra, un lenguaje más “popular”—. O también al contrario, pueden suscitar el disgusto de quienes prefieren—en las normas— módulos lingüísticos más áulicos y menos “cositeros”. En cualquier caso, representan, en el panorama contemporáneo de las fuentes del derecho de los contratos, una novedad que vale la pena destacar.

X. SE ENTURBIAN LAS COHERENCIAS DEL SISTEMA.
DOS EJEMPLOS: NULIDADES ESPECIALES, Y RESCISIÓN
DE LOS CONTRATOS NEGOCIADOS FUERA DE LOS
ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

Pero la vocación marcadamente sectorial que caracteriza la última generación de leyes relativas al contrato tiene una consecuencia aún más fuerte, pues la atención del legislador se concentra exclusivamente en el sector regulado y en las que son sus exigencias específicas, las cuales se pretenden satisfacer con aquel régimen particular; y de ese modo se pierde la visión más general del sistema del derecho de los contratos considerado en su conjunto, dentro del cual viene a inscribirse el nuevo régimen. Con un resultado, cual es la multiplicación al interior de ese sistema de asimetrías, desconexiones, incoherencias y defectos de coordinación.

Sólo dos ejemplos entre los tantos posibles, uno general y el otro más específico.

En general, las leyes de última generación se distinguen por hacer un uso exuberante y muy activo de la nulidad contractual. Siempre afloran nuevas nulidades, sea en el sentido de nulidades que se relacionan con supuestos de hecho que forzosamente se reconducen a las tradicionales causas de nulidad; sea en el sentido de nulidades cuyo tratamiento dista mucho del régimen general sobre el contrato nulo previsto en el código. Los artículos 1418 a 1424 C. C. parecen ahora dibujar un paradigma residual, de cara a la

proliferación de las nulidades especiales; y cada una de éstas pareciera seguir su propio camino, al punto que de su conjunto no se logra siquiera identificar las líneas de un paradigma alternativo coherente.

Un ejemplo más específico de legislación sectorial que pareciera ignorar el respectivo marco general (y más exactamente las normas codificadas sobre “el contrato en general”) puede extraerse del régimen de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. El artículo 4.º del Decreto Legislativo 50 de 1992, como se sabe, atribuye al consumidor el derecho de rescindir, “según los términos y las condiciones señaladas en los artículos sucesivos”, los contratos que puedan enmarcarse en la tipología del artículo 1.º, y hasta aquí todo bien. Pero el propio artículo 4.º prevé además el derecho del consumidor de rescindir, en los mismos términos y condiciones, las correspondientes “ofertas contractuales”. Y aquí surge el problema, porque al disponer de esa manera, el legislador pareciera desconocer que la “rescisión” de la oferta se encuentra contemplada ya en términos generales—bajo el nombre de “revocatoria” de la oferta—en el régimen común de la celebración del contrato, y se brinda al oferente sin la limitante de los términos y las condiciones a los cuales el Decreto Legislativo 50 de 1992 subordina la rescisión del consumidor; de tal modo que el régimen especial, en glamuroso contraste con su *ratio* de brindar una protección más amplia al consumidor, terminaría paradójicamente restringiendo la libertad de acción del sujeto tutelado, que se enmarca dentro de límites más estrechos que los del derecho común.

La paradoja desaparecería, y el régimen especial adquiriría sentido frente al general, si las ofertas a las que se refiriese el primero fuesen sólo las ofertas irrevocables, pero esta interpretación, ya *per se* forzada, que busca dar una lectura razonable a la norma, se ve luego obstaculizada por un dato textual, porque cuando el inciso 2.º artículo 1.º Decreto Legislativo 50 de 1992 señala cuáles son las ofertas contrac-

tuales sujetas al régimen bajo examen, incluye expresamente todas las ofertas dirigidas al consumidor, “sean vinculantes o no vinculantes”.

XI. SE MULTIPLICAN LAS NORMAS DELEGADAS.

CALIDAD DEL “DRAFTING” NORMATIVO, Y NUEVA RELEVANCIA DEL CUESTIONAMIENTO SOBRE EL EXCESO DE DELEGACIÓN: EL CASO DEL ANATOCISMO BANCARIO

La perspectiva de las fuentes permite rescatar otra novedad de los más recientes regímenes contractuales, también de matriz europea. Estos regímenes cada vez con menor frecuencia surgen de leyes en sentido formal, es decir, de leyes entendidas como actos de producción parlamentaria; cada vez más derivan de actos con “fuerza de ley”, pero elaboradas, no por el Parlamento, sino por el Gobierno actuando como legislador delegado.

De hecho, es frecuente que la “ley comunitaria” de cada año, en lugar de ofrecer ella misma todo el régimen de transposición de las directivas a desarrollar en el año respectivo, se limite a fijar principios y criterios directrices para su implementación, delegando al Gobierno la producción, de conformidad con dichos principios y criterios, de las normas específicas, mediante los correspondientes decretos legislativos; tanto así que el elenco de los más recientes e importantes textos normativos en materia contractual, referido arriba en el párrafo 6, comprende muchos más decretos legislativos dados por el Gobierno que leyes de producción parlamentaria.

Entre paréntesis, se podría pensar que esta particular fuente es valiosa, por lo menos en principio, en la medida en que logra que la elaboración de las normas se lleve a cabo en un escenario que, respecto del parlamentario, promete ser técnicamente más cuidadoso, más mesurado en sus ritmos de reflexión y de trabajo, menos expuesto a la presión de los *lobbys* de la más variada proveniencia, calidades todas éstas

que, lamentablemente, se echan de menos en la producción parlamentaria (art. 25 Ley 52 de 1996) de un régimen como el de los nuevos artículos 1469 *bis* y siguientes C. C., relativos a las cláusulas abusivas en los contratos con el consumidor. Quizás generalmente sea así, pero no siempre es así.

Que ni siquiera la instancia gubernativa dé garantía absoluta de óptima calidad de la normatividad puede evidenciarse en un ejemplo muy reciente. El Gobierno acaba de implementar, con el Decreto Legislativo 18 de 2001, la directiva europea relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los casos de transferencia de grupos de empresas. Dentro del nuevo régimen, la norma que determina el *dies a quo* del término dentro del cual el cedente y el cesionario deben dar la correspondiente comunicación a los sindicatos, sujeta el mismo no sólo al perfeccionamiento del acto “del cual deriva la transferencia”, sino también al logro de algún “acuerdo vinculante para las partes, aunque sea precedente” (nuevo texto del inc. 1.º art. 47 Ley 428 de 1990, introducido por el art. 2.º Dcto. Legislativo 18 de 2001). Ahora, en la misma medida en que la primera indicación es clara y precisa, la segunda es vaga, indefinida, y quizás portadora de dudas interpretativas y controversias prácticas, mucho más parecida a una de las tantas fórmulas de compromiso, que nada resuelven, surgidas de la *bagarre* de alguna comisión o aula parlamentaria, que al texto meditado y pulido que podría esperarse de la pluma de los expertos de las instancias legislativas de un ministerio.

Pero más allá de todo esto, se quiere destacar cómo la creciente difusión del decreto legislativo delegado como fuente de producción de normas en materia de contratos, origina un problema inédito al que los civilistas están poco acostumbrados, el problema de cuestionar la validez de las normas, en virtud del eventual exceso de delegación del cual podrían resultar afectadas.

La posible relevancia de esta perspectiva se evidencia en una situación reciente y bastante conocida. Después de

las sentencias de la Corte de Casación (2374 de 1999 y 3096 de 1999) mediante las cuales se sancionó la nulidad de las cláusulas sobre anatocismo, que en los contratos bancarios establecían la capitalización trimestral de los intereses a favor de los bancos, el Gobierno –aprovechándose de la facultad para emitir “disposiciones integradoras y correctivas” del T. U. bancario, que le fuera atribuida por el Parlamento con el inc. 5.º art. 1.º Ley 128 de 1998– reformuló para el futuro las cláusulas sobre anatocismo, pero en cuanto al pasado dispuso una suerte de “sanatoria” indiscriminada para todas las cláusulas viejas contenidas en los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de cierta deliberación del CICR [siglas en italiano del Comité Interministerial para el Crédito y el Ahorro] (inc. 3.º art. 25 Dcto. Legislativo 342 de 1999). Ahora, como se sabe, la Corte Constitucional truncó dicha sanatoria, volviendo nulas incluso las viejas cláusulas que el legislador quería salvar, mediante declaratoria de ilegitimidad constitucional de la norma que declaraba la sanatoria (sentencia 4254 de 2000), y la razón de la inconstitucionalidad se encontró precisamente en el exceso de delegación de las leyes delegatorias.

La situación apenas mencionada evidencia otra característica que empieza a manifestarse en la legislación reciente en materia de contratos (aunque no sólo en esta materia): la característica de una respuesta intencional –inmediata, seca, casi un arrebatado de nervios– que el legislador opone al juzgador, para neutralizar tendencias jurisprudenciales consideradas desestabilizadoras o en cualquier caso indeseables. Sucedió, como se ha visto, en el tema del anatocismo bancario; y sucedió también en materia de usura, donde a la jurisprudencia de la Casación (la última, la sentencia 14899 de 2000) que considera relevante, para la cuantificación de la usura, el momento del pago de las tasas de mutuo y no el de la celebración del contrato, el legislador opuso –con el Dcto. Legislativo 394 de 2000, modificado por la Ley 24 de 2001– una “interpretación auténtica” de la Ley 108 de 1996,

según la cual el momento determinante para calificar como usurarios los intereses es aquél en que son prometidos o convenidos, y no aquél en que son pagados.

XII. SE MULTIPLICAN LAS NORMAS SUBPRIMARIAS:
DEL PAPEL NORMATIVO DE LAS "AUTHORITIES" SECTORIALES
A LA NUEVA RELEVANCIA DE LOS CUESTIONAMIENTOS
SOBRE LA RESERVA DE LEY (Y, POR ESTA VÍA, ¿DE LA
TUTELA CONSTITUCIONAL DEL CONTRATO?)

Y finalmente, en virtud de que estos nuevos regímenes contractuales son regímenes de "regulación del mercado", se produce otra consecuencia, que se aprecia precisamente en el terreno de las fuentes.

Nuestro sistema de *market regulation* (como el que se encuentra vigente en tantos países desarrollados) se basa en la presencia y en el papel de autoridades administrativas independientes, colocadas en el "gobierno" de diversos sectores del mercado y revestidas a tal fin de una serie de funciones, entre las cuales, funciones normativas. Pero dar normas para la regulación de determinado sector de mercado puede involucrar que se dicten también normas para regular los contratos de dicho sector. Bajo esta óptica, se entiende por qué el régimen de los contratos bancarios y financieros no se encuentra contenido sólo en el T. U. bancario o en el T. U. de las finanzas, sino también en reglamentos u otros actos normativos de la Banca de Italia [banco central], del CICR, del Ministro del Tesoro, de la Consob [siglas en italiano de la Comisión Nacional para las Sociedades y la Bolsa]; y también por qué providencias del Isvap [siglas en italiano del Instituto para la Vigilancia de los Seguros Privados y de Interés Colectivo] pueden concurrir a regular los contratos de seguros de vida y de daños; y providencias de la autoridad en materia de comunicaciones y de la autoridad en materia de energía pueden introducir reglas sobre los contratos de prestación de servicios públicos que incumban a una u otra *authority*.

Este dato también puede plantear al estudioso del derecho de los contratos un problema inédito en materia de fuentes, cual es el problema de la reserva legal. Y en efecto, la circunstancia de que reglas contractuales –y reglas, la mayoría de las veces, restrictivas de la libertad contractual– provengan de actos de autoridades administrativas (si bien “independientes”) puede generar el interrogante de si acaso tales fuentes subprimarias invaden un campo reservado a la exclusiva competencia de las leyes o de los actos con fuerza de ley.

Un interrogante tal quizás pueda poner en vigencia nuevamente el problema de la tutela constitucional del contrato, que se relegó un poco (como se señaló supra, iv) después de la férvida estación de los años 70. En particular, puede dar actualidad al debate sobre la tutela constitucional “indirecta” del contrato y de la libertad contractual, es decir, al esquema en virtud del cual la libertad de realizar contratos funcionales al ejercicio de la iniciativa económica se encuentra protegida constitucionalmente de la misma manera que recibe protección la iniciativa económica; y la libertad de realizar contratos sobre los bienes propios es tutelada constitucionalmente de la misma manera en que es tutelada la propiedad de esos bienes. Y en efecto, uno de los elementos más significativos de la garantía constitucional de la iniciativa económica y de la propiedad (¿y en consecuencia, indirectamente, también de los contratos instrumentados para su ejercicio?) es precisamente la reserva legal: inciso 3.º artículo 41 e inciso 2.º artículo 42 C. P.

CAPÍTULO SEGUNDO
CONTRATO DE DERECHO COMÚN, CONTRATO
CON EL CONSUMIDOR, CONTRATO CON ASIMETRÍA
DE PODERES CONTRACTUALES: GÉNESIS Y DESARROLLOS
DE UN NUEVO PARADIGMA

I. CONTRATO CON EL CONSUMIDOR:
EL CUERPO NORMATIVO

En toda Europa el “contrato con el consumidor” –entendido como contrato entre un consumidor y un operador económico profesional, relativo a la adquisición de bienes o servicios suministrados por éste último– emerge como una categoría autónoma y relevante del derecho contractual. Esta es una realidad que se percibe en todas partes, y desde hace tiempo. En Italia es además una realidad, literalmente, codificada; en efecto, en 1996 los artículos 1469 *bis* y siguientes introducen en el Código Civil, al final del título II del libro cuarto, un nuevo capítulo XIV *bis* que se titula precisamente “Del contrato con el consumidor”.

Pero, si los artículos 1469 *bis* y siguientes C. C. constituyen el núcleo central, el cuerpo normativo del contrato con el consumidor comprende también muchos otros regímenes que lo completan, bien sean anteriores a la reforma del código, o bien hayan sido introducidos posteriormente.

Algunos de ellos son, en sentido lato, regímenes típicos, orientados a la regulación de cierto sector del mercado: crédito para el consumo (arts. 121 y ss. Dcto. Legislativo 385

de 1993); venta de paquetes turísticos (Dcto. Legislativo 111 de 1995); venta de multipropiedad (Dcto. Legislativo 427 de 1998); venta de productos financieros (cuyo régimen se aplica a los contratos celebrados con sujetos que no sean “operadores calificados”, *ex arts.* 31 y 36, inc. 3.º, Decisión Consob n.º 11522 de 1998, en aplicación del inc. 1.º art. 23 Dcto. Legislativo 58 de 1998); venta de bienes de consumo (Directiva 1999/44/CE).

Otros son, por decirlo así, regímenes transtípicos o metatípicos, que –prescindiendo del tipo o área de mercado al que pertenecen– regulan los contratos con el consumidor en atención al contexto espacial o técnico al que se circunscribe su formación: contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (Dcto. Legislativo 50 de 1992); contratos a distancia (Dcto. Legislativo 185 de 1999); contratos relativos al “comercio electrónico” (cuyo régimen es imperativo sólo respecto de los contratos en los cuales sea parte un consumidor –llamados contratos *B2C*, es decir, *business-to consumer*– *ex arts.* 10.º, incs. 1.º y 2.º, y 11, incs. 1.º y 2.º, Directiva 2000/31/CE).

II. LOS PROBLEMAS Y EL PUNTO DE VISTA

En una perspectiva sistémica, es decir, viendo el derecho de los contratos como un “sistema”, el surgimiento de la categoría normativa del contrato con el consumidor plantea tres problemas:

a. Identificar dónde se encuentran las diferencias más significativas entre el régimen del contrato con el consumidor y el régimen común del contrato.

b. Determinar en qué medida estas diferencias separan el régimen del contrato con el consumidor y el régimen del contrato de derecho común.

c. Precisar el área de acción del régimen del contrato con el consumidor, y su eventual fuerza expansiva más allá del ámbito que le es originariamente propio.

Tales problemas son considerados acá desde un punto de vista específico, pero importantísimo para la identificación del régimen de una categoría de contratos. Se trata del punto de vista de los remedios contractuales, al cual resulta expuesto el contrato con el consumidor; aclarando que aquí se acoge una concepción amplia de “remedios contractuales”, es decir, comprensiva de cualquier mecanismo dirigido a poner en discusión el vínculo contractual.

III. LAS DIFERENCIAS DE REGÍMENES ENTRE EL CONTRATO CON EL CONSUMIDOR Y EL CONTRATO DE DERECHO COMÚN, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS REMEDIOS

Se trata entonces de preguntarse en qué aspectos, principalmente, el régimen de los remedios que caracteriza el contrato con el consumidor se diferencia del régimen común de los remedios contractuales.

Adelantando en extrema síntesis la respuesta, se puede decir que:

a. En primer lugar, muchos contratos con el consumidor están típicamente expuestos a ese remedio destructivo del vínculo contractual que es la rescisión, en su variante de rescisión “por arrepentimiento”; remedio éste que es extraño, por no decir contrario, a los fundamentos del contrato de derecho común.

b. Además, el contrato con el consumidor está expuesto a la acción de otros remedios contractuales, correspondientes a la categoría de la invalidez, en mayor medida y en forma más intensa de lo que se observa para el contrato de derecho común, de manera que puede sostenerse que se trata de un contrato mucho más vulnerable; y ello como consecuencia de una sobredosis de vínculos impuestos a la autonomía privada, que se corresponde con una sobredosis de posibles impugnaciones para los casos de inobservancia de esos mismos vínculos.

c. Pero estas especiales causales de invalidez, si por lo apenas señalado tienden a ser más frecuentes e invasivas que las del derecho común, por otro lado resultan menos dramáticas e irreversibles, en general menos destructivas del vínculo contractual, pues normalmente no perjudican su pervivencia, sino sólo su contenido.

Desarrollemos estas ideas.

IV. PRIMERO: LA DIFUSIÓN DE LAS RESCISIONES POR ARREPENTIMIENTO

En el contrato con el consumidor se ha consolidado, y siempre es objeto de nuevos desarrollos, la figura de la rescisión legal por arrepentimiento, ese remedio que le permite a la parte consumidora (y obviamente sólo a ella) rescindir el contrato dentro de un término determinado (breve) a partir de la celebración, prescindiendo de cualquier presupuesto justificativo o inclusive simplemente objetivo de la rescisión.

En un primer estadio, el remedio acompañaba a los contratos en los que –por el particular contexto técnico-físico de la comunicación entre las partes– aparecía alto el riesgo de que el consumidor pactara un “efecto sorpresa” perjudicial; y precisamente para neutralizar específicamente ese riesgo se le atribuía la facultad de reconsiderar, cambiar de idea y liberarse del contrato ya concluido: así para los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (arts. 4.º y ss. Dcto. Legislativo 50 de 1992); para los contratos a distancia (art. 5.º Dcto. Legislativo 185 de 1999); para los contratos de venta de productos financieros ofrecidos fuera de la sede o con técnicas de comunicación a distancia (inc. 6.º art. 30 Dcto. Legislativo 58 de 1998).

Más recientemente, además, la rescisión por arrepentimiento ha ampliado significativamente su radio de acción, siendo ahora aplicable en general a todas las ventas de multipropiedad, con prescindencia de la modalidad espacial de

celebración del contrato: inciso 1.º artículo 5.º del Decreto Legislativo 427 de 1998.

Resulta claro que un remedio como éste –que sujeta la disolución del vínculo a la mera reconsideración subjetiva, y al límite caprichoso, del contratante– es, entre todos, el que se muestra potencialmente más destructivo del vínculo contractual.

V. SEGUNDO: NUEVOS VÍNCULOS, NUEVAS CAUSALES DE INVALIDEZ

Los regímenes del contrato con el consumidor limitan la libertad contractual con vínculos nuevos respecto de aquellos que afectan al contrato de derecho común.

Los podemos agrupar en tres órdenes.

1. Tenemos antes que nada vínculos de forma. Se sabe que el contrato con el consumidor representa uno de los terrenos preferidos –quizás en absoluto el terreno más fecundo– para ese “renacimiento del formalismo” que la doctrina desde hace tiempo señala. La *ratio* es obviamente una protección más intensa al consumidor, sobre el presupuesto de que la forma escrita, y la obligatoria entrega de copia del documento a la parte protegida, frecuentemente prescrita en adición al vínculo formal, ofrecen al consumidor un mayor grado de certeza y conocimiento de sus derechos y obligaciones contractuales; certeza y conocimiento aún más preciosos para el contratante *extraneus* a la materia específica y al tecnicismo que le es propio, pues normalmente éste se encuentra menos preparado para hacer valer en juicio sus derechos.

2. Tenemos luego vínculos que podemos llamar de transparencia/totalidad del objeto contractual, y más exactamente de las prestaciones contractuales. Con frecuencia se exige que el consumidor reciba de la contraparte profesional una larga serie de informaciones precontractuales acerca del contrato (a veces dispuestas en un “documento informativo” al efecto); y que el contrato contenga otra larga serie

de elementos, igualmente explicativa del contenido de las prestaciones deducidas del contrato. Aquí, la *ratio* no es distinta de la que se señaló arriba. Mejor, viéndolo bien, vínculos de forma y vínculos de transparencia/totalidad (aunque podrían también llamarse de forma/contenido) son las dos caras de una misma moneda, las primeras son funcionales a las segundas, y a su vez éstas últimas presuponen las primeras.

Sólo un par de ejemplos, escogidos con la malicia de quien aprovecha para sorprender al legislador incurso en una falla de incoherencia sistemática.

Para el inciso 2.º artículo 3.º del Decreto Legislativo 427 de 1998, el contrato de venta de multipropiedad debe contener “todos los elementos de los literales a-i inciso 1.º artículo 2.º” que componen el previo “documento informativo” precontractual, y además todos los demás elementos señalados en la misma norma, en los literales a-e. La inobservancia de este vínculo de transparencia/totalidad es sancionada con el remedio puntualmente indicado en el inciso 2.º artículo 4.º, es decir que, faltando en el contrato alguno de los elementos arriba indicados, nace a favor del consumidor adquirente un derecho de rescisión que puede ejercerse en un término de tres meses (pertenece a la clase de las rescisiones de autotutela, y en consecuencia es distinta de la rescisión por arrepentimiento, que puede ejercerse en un término de 10 días, de la cual el consumidor adquirente es siempre y en todo caso titular).

Sólo unos pocos años antes, el Decreto Legislativo 111 de 1995 había prescrito vínculos análogos de forma/contenido para los contratos de venta de paquetes turísticos (lits. a-p inc. 1.º art. 7.º). Pero omitió señalar el remedio aplicable en caso de inobservancia del vínculo. El remedio, por otra parte, lo puede identificar el intérprete sin mayor fatiga: dado que el inciso 1.º artículo 7.º, es ciertamente una norma imperativa, el contrato que omite alguno de los elementos por él prescritos se califica como “contrario a normas imperativas”,

de modo que queda sujeto al remedio de la nulidad, y más exactamente de la nulidad “virtual” del inciso 1.º artículo 1418 C. C. Entonces, desde el punto de vista hermenéutico, ningún problema; pero desde el punto de vista sistemático sí podemos encontrar algún problema si dos prescripciones sustancialmente idénticas en su contenido, *ratio* e interés perseguido resultan gobernadas por remedios tan radicalmente distintos como una rescisión y una nulidad.

3. Se multiplican, en fin, los vínculos de contenido, esos correspondientes a los “límites” de la libertad para “determinar el contenido del contrato”, referidos por el inciso 1.º artículo 1322 C. C. Todos los regímenes del contrato con el consumidor contienen un gran número, sea los regímenes sectoriales, sea aquellos “transversales”. Baste pensar, en relación con estos últimos, en el régimen de las cláusulas abusivas en los contratos no negociados entre consumidores y profesionales; se trata, en definitiva, de un régimen de vínculo de contenido de la libertad contractual, ya que se resuelve en la prohibición de incluir en los contratos (no negociados, como lo son la generalidad de los contratos con el consumidor) aquellos contenidos determinados.

Por otra parte, los nuevos vínculos traen consigo nuevas causales de invalidez, que se desencadenan en caso de su inobservancia, bajo las modalidades, según los casos, de nulidad textual o de nulidad virtual, como quiera que sea, casi siempre relativas; a veces bajo aquel nombre de “ineficacia” con el cual se ha querido inadecuadamente bautizar un remedio (aplicable a las cláusulas abusivas) que cualquier persona normal llamaría nulidad. En un caso, se observó que la protección del interés tutelado no está preferentemente dada por la invalidez, sino por el poder de rescisión; ello, fruto del desparpajo (o descuido) sistemático del legislador.

VI. TERCERO: LA CONTENCIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DE LA INVALIDEZ

Al contrato con el consumidor incumben nuevas y numerosas causales de invalidez, extrañas al régimen ordinario del contrato. Pero, casi a modo de compensación, se trata de causales de invalidez que vistas desde varios ángulos terminan siendo más ligeras, más contenidas, menos destructivas respecto de las causales de invalidez del derecho común.

En efecto, cuando la invalidez afecta todo el contrato (por ejemplo, por violación del vínculo de forma, o por contrariar una norma imperativa, según el esquema de la nulidad virtual), casi siempre se presenta bajo la forma de nulidad relativa, invocable sólo por el consumidor. Pero restringir el área de legitimación, respecto de aquella que caracteriza la nulidad de derecho común, significa al propio tiempo reducir el riesgo de impugnación del contrato, y en consecuencia aumentar las posibilidades de que el contrato, aunque inválido, continúe operando.

Cuando en cambio la invalidez afecta partes singulares del contrato (como típicamente sucede por la inobservancia de vínculos de contenido, que normalmente guardan relación con esta o aquella cláusula), las alternativas pueden ser dos.

Con frecuencia, los contenidos de la cláusula inválida son sustituidos de derecho, de acuerdo con parámetros normativamente establecidos bajo un espíritu de *favor* al consumidor; y en consecuencia, el contrato –habiendo sufrido la modificación *ex lege* de aquella parte de su regulación– se salva según el esquema del inciso 2.º artículo 1419 C. C.

Pero también puede suceder que la cláusula inválida decaiga sin ser sustituida positivamente con distintos contenidos legales, y en consecuencia que lo haga dejando un vacío en la regulación contractual. Esta es la situación frente a la cual, en los contratos de derecho común, en-

cuentra típicamente espacio el inciso 1.º artículo 1419 C. C., cuya aplicación puede conducir a extender la nulidad de la cláusula particular al contrato en general. Bien, en el contrato con el consumidor esto normalmente no sucede, pues el inciso 1.º artículo 1419 C. C. no entra en juego; el contrato, depurado sólo de la cláusula (en virtud de su invalidez) adversa para el consumidor, queda incólume en lo que atiene al resto.

Norma emblemática de este régimen es el inciso 1.º artículo 1469 *quinquies* C. C., el cual señala que las cláusulas abusivas son ineficaces, “mientras el contrato sigue siendo eficaz en lo que atiene al resto”. Pero no sería absurdo pensar que, en virtud de su *ratio*, este régimen de contención forzosa de las consecuencias de la invalidez pueda extenderse en forma general, a favor de la parte protegida; inclusive en ausencia de una norma que expresamente lo prevea. Por ej., en la venta de multipropiedad se prevé la nulidad de las cláusulas o de los pactos adjuntos por medio de los cuales el consumidor adquirente renuncie a derechos que la ley le atribuye (art. 9.º Dcto. Legislativo 427 de 1998), y nada se dice acerca de las eventuales consecuencias ulteriores. Ante tal silencio, lo primero que se podría pensar es que encuentra aplicación la regla general del inciso 1.º artículo 1419 C. C., pero, atendiendo mejor a la *ratio* de la previsión y al contexto normativo en el que se encuentra enmarcada, parece razonable aceptar que incluso aquí, aunque no se señale expresamente, el inciso 1.º artículo 1419 C. C. no entra en juego; de manera que, fallida por inválida la cláusula adversa al consumidor, el vendedor profesional no puede de ninguna manera pretender la invalidez de todo el contrato.

VII. LOS PUNTOS DE FRACTURA DE RELEVANCIA SISTÉMICA ENTRE EL CONTRATO CON EL CONSUMIDOR Y EL CONTRATO DE DERECHO COMÚN

Desde el punto de vista del sistema y de los principios del derecho contractual, estos virajes de régimen son cualita-

tivamente muy “pesados”, porque como consecuencia de ellos algunos elementos fundamentales de ese sistema y de esos principios resultan heridos de muerte.

Son en particular cuatro –me parece– los valores o principios ínsitos en el modelo tradicional del contrato de derecho común, que reciben un *vulnus* profundo del nuevo régimen del contrato con el consumidor:

a. En primer lugar, el valor del vínculo contractual, esculpido solemnemente en el artículo 1372 C. C.

b. Luego, los principios de la causa y de la buena fe contractual, en cuanto fundamentos de la regla de la nulidad parcial.

c. Luego, también, el principio de la tendencial inatacabilidad, por parte del agente público (ley o juez), del equilibrio contractual fijado por las partes.

d. Finalmente, el principio de la distinción entre reglas de validez y reglas de comportamiento/ responsabilidad, y de los remedios correspondientes a unas y otras.

Analicemos estos datos uno a uno.

VIII. PRIMERO: LA ADHERENCIA AL VALOR DEL VÍNCULO CONTRACTUAL

El principio del vínculo contractual, que el *incipit* del inciso 1.º artículo 1372 C. C. expresa en la fórmula ingeniosa y solemne del contrato dotado de “fuerza de ley para las partes”, tiene un significado fundamental, traduce la resistencia del contrato frente al arrepentimiento unilateral de las partes; o, si se prefiere, la imposibilidad para las partes de resolver unilateralmente el contrato. Este es el sentido del vínculo, contenido en la segunda parte del inciso 2.º artículo 1372 C. C.: “El contrato [...] *No puede ser resuelto* sino por mutuo disenso o por causas legales”.

Ahora, los nuevos regímenes del contrato con el consumidor representan un desafío muy grande para este valor del vínculo.

En efecto, con mucha frecuencia se ha visto que, en el contrato con el consumidor, el vínculo contractual se encuentra bajo la disponibilidad unilateral de una de las partes—la parte protegida—; mecanismos como las nulidades relativas, y aún más las rescisiones por arrepentimiento, dejan la suerte del contrato en manos del consumidor, facultado para decidir por sí solo, según sus propios intereses, la pervivencia o la terminación de la relación. Y ello en circunstancias que—según la lógica del contrato de derecho común—excluirían un poder tal de la parte.

IX. SEGUNDO: LA ESTERILIZACIÓN DE LA REGLA SOBRE LA NULIDAD PARCIAL (Y CON ELLA, DE LOS PRINCIPIOS DE LA CAUSA Y DE LA BUENA FE)

La esterilización del inciso 1.º artículo 1419 C. C., que típicamente connota el régimen del contrato con el consumidor, tiene una incidencia importante en el plano de los principios, porque importantes son los principios que nutren dicha norma, que se ha dejado fuera de juego.

El inciso 1.º artículo 1419 C. C., en efecto, se basa nada más y nada menos que sobre los principios de la causa y de la buena fe contractual.

Por un lado, la norma significa lo siguiente: la eliminación de la regulación, que se sigue a la invalidez de la cláusula particular (en la hipótesis que, en una visión de conjunto, el interés de una de las partes sea mucho mayor que el de la otra), puede trastornar—en perjuicio de la primera—la economía del contrato. Sin aquella cláusula la regulación quedaría en consecuencia privada (de un elemento significativo) de su razón justificativa originaria, o de su causa; de manera que deducir la nulidad total *ex* inciso 1.º artículo 1419 C. C., significaría, en definitiva, aplicar una regla correspondiente al principio de la nulidad por defecto de causa.

Pero a la norma también puede dársele otra lectura: declarada fallida una de las cláusulas esenciales al interés

de una de las partes, la pretensión de la otra parte de mantener y ejecutar el contrato, aun sin que se corresponda con el primigenio nivel de intereses que había motivado su celebración, sería una pretensión contraria a la buena fe; la buena fe—entendida como corrección, razonabilidad, sensibilidad frente a las razones de la contraparte— impone que a la parte afectada por una regulación desequilibrada se le permita liberarse, lo que se obtiene precisamente invocando la nulidad total *ex* inciso 1.º artículo 1419 C. C.

Bien, en el contrato con el consumidor todo esto se coloca entre paréntesis, pues el contrato, depurado sólo de la cláusula (en virtud de su invalidez) adversa al consumidor, permanece incólume en lo que hace al resto, de manera que eso que permanece incólume seguramente constituye una regulación desequilibrada en perjuicio de la contraparte profesional; aun si el desequilibrio es profundo y “trastornador” respecto del orden contractual inicial, se veta a la parte que lo sufre la posibilidad de liberarse de la regulación alterada invocando la invalidez total. Como decir que la *ratio* de la protección al consumidor (quien quiere asegurar la estabilidad del contrato, depurado de contenidos que le resultaban adversos) prevalece sobre las *rationes* que, en el contrato de derecho común, se resumen en los principios de la causa y de la buena fe, que permiten poner en discusión la estabilidad de la relación.

X. TERCERO: LA INTERVENCIÓN SOBRE EL EQUILIBRIO (INCLUSIVE ECONÓMICO) DEL CONTRATO. LOS PRINCIPIOS DE LA TRADICIÓN

Retomamos el razonamiento esbozado en el parágrafo 5. El contrato con el consumidor como contrato expuesto a nuevas y numerosas causales de invalidez, nacidas éstas de los nuevos y numerosos vínculos que lo rodean. Se hizo referencia a ello en los vínculos de contenido, y entre estos consideraremos ahora aquél que seguramente se presenta

como el más fuerte, y en virtud de ciertos aspectos, como el más “inaudito”, el más subversivo del orden tradicional de los contratos: el vínculo del equilibrio contractual.

Los “fundamentales” del derecho de los contratos entregados por la tradición dicen que el equilibrio contractual (originario) es un asunto de los particulares contratantes, y no materia de regulación pública ni de cuestionamiento público, salvo en el marco de ocasionales y contingentes objetivos de política económica, o en el caso que la contratación se haya desarrollado en condiciones de extrema anomalía.

En síntesis, el contrato puede atacarse en lo que hace a su equilibrio –a su “razón de cambio”–, y más exactamente, es impugnable en virtud del desequilibrio que lo afecte, sólo cuando el desequilibrio alegado:

a. Sea un desequilibrio sobrevenido y no originario, y más exactamente, se trate de un desequilibrio medido con el parámetro del equilibrio originario del contrato, el cual debe tenerse como un parámetro incuestionable (régimen de los remedios para las sobreviniencias).

b. O que sea un desequilibrio originario, presente en contratos cuya celebración haya madurado en un contexto de circunstancias altamente anómalo y lesivo para el contratante que lo sufre, en la perspectiva de una libertad y de un conocimiento de sus opciones contractuales (régimen de la rescisión, y de la incapacidad natural) reducidos (o anulados).

c. O sea un desequilibrio originario, consistente en la diferencia entre la contraprestación contractual y el nivel de contraprestación fijado imperativamente *ex lege*, según una puntual cuantificación, que obedece a fines específicos de política socio-económico de determinados sectores de mercado (régimenes de los precios impuestos, o del canon equitativo).

Más allá de estos casos, la tradición enseña que el equilibrio contractual es inatacable, y que los eventuales

desequilibrios no dan lugar a impugnación o a otro tipo de remedios.

Debe además destacarse que el orden de vínculos sobre el equilibrio contractual, indicado al final, se muestra tendencialmente recesivo en la evolución de un ordenamiento cada vez más informado por la lógica de la privatización/ liberalización, donde las políticas de control de precios pertenecen a una estación que hoy parece ver su ocaso, y la ciudadela del canon equitativo ha sufrido recientemente un duro ataque en un territorio importante como es el del arrendamiento de vivienda (Ley 431 de 1998).

XI. SIGUE. LOS NUEVOS RÉGIMENES:
RELEVANCIA DEL DESEQUILIBRIO (ORIGINARIO),
BIEN SEA NORMATIVO O ECONÓMICO

Ahora bien, los nuevos regímenes del contrato con el consumidor introducen en este cuadro elementos de fuerte disonancia. En efecto, en ellos se multiplican, fuera de los confines de las tres situaciones apenas indicadas, reglas que tienden a garantizar imperativamente cierto “equilibrio” del contrato, creando remedios para los contratos que no las observen y resulten en consecuencia afectados del correspondiente “desequilibrio”.

En tal dirección se encamina el régimen de las cláusulas abusivas de los contratos con el consumidor, pues éste es esencialmente un régimen de remedios para contratos con desequilibrios, en la misma medida en que las cláusulas abusivas, contra las cuales se dirige el remedio denominado “ineficacia”, son cláusulas que se caracterizan precisamente por ser portadoras de un “significativo desequilibrio” entre las partes (inc. 1.º art. 1469 *bis* C. C.).

Existe otra regla, que en forma análoga tiende a la protección del equilibrio contractual, y es la regla del abuso de la dependencia económica en las relaciones entre empresas (art. 9.º Ley 192 de 1998). De ella resulta que el abuso

puede verificarse mediante el contrato, el cual resulta en consecuencia afectado de nulidad (inc. 3.º art. 9); y que el contrato abusivo es precisamente aquél que se caracteriza por un “excesivo desequilibrio de derechos y de obligaciones” entre las empresas contratantes, siendo un desequilibrio tal el elemento que califica la dependencia económica (inc. 1.º art. 9.º).

Se podría objetar que las normas señaladas tutelan no ya el equilibrio “económico” del contrato, sino sólo su equilibrio “normativo”, ese equilibrio “de derechos y de obligaciones” contractuales (y no de los valores patrimoniales en juego) cuya ausencia, generadora del correspondiente desequilibrio, es lo que acerca el contrato a los remedios apenas vistos arriba. Por lo demás, el propio régimen de las cláusulas abusivas declara explícitamente que se mantiene al margen del cuestionamiento del equilibrio contractual, desde que afirma que “La determinación del carácter abusivo de la cláusula *no se relaciona [...] con la justeza de la contraprestación recibida a cambio de los bienes y servicios*” (inc. 2.º art. 1469 *ter* C. C.). Entonces, podría inferirse que aquello que el sistema comienza a conocer es sólo una “débil” variante del control sobre el equilibrio contractual, cual es precisamente el control sobre el equilibrio de la parte “normativa”, mientras que la variante más “fuerte” o más “dura” de dicho control –aquella que cuestiona la correspondencia o proporcionalidad de la contraprestación económica recabada del contrato– es extraña al sistema.

La objeción es menos fuerte de cuanto parece.

En primer lugar, no es cierto que el régimen de las cláusulas abusivas en los contratos con el consumidor excluya en forma absoluta cualquier cuestionamiento sobre el equilibrio económico del contrato, y en particular sobre la proporcionalidad de la contraprestación contractual. Por un lado, es inclusive superfluo señalar que “derechos” y “obligaciones” contractuales (rescisiones, *ius variandi*, exoneraciones de responsabilidad, etc.) tienen un costo y pueden

tener precio; de modo que los confines entre el desequilibrio normativo y el desequilibrio económico no son nítidos, y un desequilibrio que se presenta *prima facie* como normativo puede traducirse en definitiva en un desequilibrio de los valores económicos que se encuentran en juego. Además, la proclamada irrelevancia de la proporcionalidad de la contraprestación para determinar el carácter abusivo que se discute, no es en realidad una irrelevancia absoluta, pues el valor del precio es irrelevante sólo si el contrato lo determina “en modo claro y comprensible”; pero si este precepto de transparencia es desatendido, de modo tal que las indicaciones atinentes al precio resulten indescifrables, también la contraprestación puede atacarse como potencialmente desequilibrante y, en consecuencia, abusiva.

Luego, en cuanto a los contratos en los cuales se verifica un abuso de dependencia económica, el régimen respectivo no contiene declaración explícita alguna sobre la irrelevancia de la proporcionalidad de la contraprestación, análoga a la que contiene el inciso 2.º artículo 1469 *ter* C. C. para los contratos con el consumidor. Ello permite sostener que, en aquel contexto, la fórmula “excesivo desequilibrio de derechos y obligaciones” puede abarcar incluso los desequilibrios de esos derechos y obligaciones específicos que tienen por objeto el pago de contraprestaciones, y en consecuencia permitiría atacar la proporcionalidad de los precios; tanto más cuando el desequilibrio que conforma el abuso de una empresa contra otra está expresamente referido por la norma a las “relaciones comerciales” entre ellas.

Más allá de esto, se debe luego destacar la presencia de otra norma reciente, que de manera absolutamente frontal y directa cuestiona el equilibrio económico del contrato.

También esta norma se encuentra en la ley sobre suministro. El inciso 3.º artículo 6.º de la Ley 192 de 1998 prohíbe, declarándolo nulo, “el pacto por el cual el suministrador disponga [...] de derechos de naturaleza industrial o intelectual” (por ej., una patente, o un particular *know-how*) cuando

la disposición sea hecha “a favor del comitente y sin una congrua contraprestación”. No podría ser más pura, inclusive en el nivel de las fórmulas lingüísticas, la desviación del viejo principio del derecho de los contratos que en su enunciación más difundida proclama la irrelevancia, precisamente, de la proporcionalidad de la contraprestación.

El observador meticulado, que se tome la molestia de escudriñar en los intersticios de cierta legislación sectorial, podría observar que el vínculo de la proporcionalidad de la contraprestación conoce un antecedente bastante lejano: las tierras expropiadas y asignadas, además de las rescatadas, con base en las leyes de reforma inmobiliaria no pueden ser revendidas por el beneficiario sino por un “precio congruo” (arts. 4.º, inc. 3.º, Ley 379 de 1967 y 10.º, inc. 6.º, Ley 386 de 1976). Pero más allá de la aparente afinidad entre formulaciones que aluden por igual a la “proporcionalidad” del “precio” o de la “contraprestación” contractual, los supuestos de hecho son realmente distantes entre sí, porque el vínculo del precio adecuado en el régimen inmobiliario responde no ya a una *ratio* de tutela de un contratante frente al otro, sino esencialmente a la lógica de un estatuto especial del bien, que en razón de su cualidad económico-jurídica se quiere someter a un régimen de circulación limitado y controlado.

El inciso 3.º artículo 6.º de la Ley 192 de 1998 puede quizás aproximarse a otra norma, aún más reciente, que también se inspira en la voluntad de garantizar imperativamente un cierto equilibrio económico del intercambio contractual, en aras de la tutela de uno de los contratantes: el inciso 2.º artículo 1751 *bis* C. C., agregado por el inciso 1.º artículo 23 de la Ley 422 de 2000, dispone que la eventual asunción de una obligación de no competencia a cargo del gestor por el tiempo sucesivo a la finalización de la relación de gestión debe ser necesariamente remunerada con una contraprestación monetaria (“indemnización”), la cual debe ser determinada (por acuerdo entre las partes o, en su defecto, por obra del juez) de acuerdo con parámetros legales.

No es difícil identificar el origen directo de esta disposición. Se trata del artículo 2125 C. C., que impone –so pena de nulidad– el vínculo de una contraprestación a favor del trabajador subordinado, como necesaria contrapartida de la obligación de no competencia que él haya asumido por el tiempo sucesivo a la finalización de la relación laboral.

XII. SIGUE. LOS ASPECTOS QUE CARACTERIZAN EL NUEVO MODELO DE CONTROL SOBRE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO: ALUSIÓN A LOS CONTRATOS CELEBRADOS SEGÚN LA FISIOLÓGÍA DE LAS RELACIONES SOCIALES

¿Cuál es el sentido de estas nuevas previsiones sobre el equilibrio económico del contrato? ¿Cuáles son las características que las diferencian de las previsiones tradicionales, es decir, de las alusivas, por un lado, al tema de la rescisión y la incapacidad natural, y por el otro, al control de precios?

Las normas sobre rescisión e incapacidad natural proporcionan remedios contra contratos económicamente desequilibrados, que hayan sido celebrados en condiciones de *patología social*. En realidad, es socialmente patológica la contratación en la cual interviene una parte en estado de peligro o de necesidad, o una parte que sea incapaz de entender y querer. En cambio, las nuevas normas sobre las cuales se ha hablado proporcionan remedios contra los contratos económicamente desequilibrados, en cuanto celebrados en condiciones de *fisiología social*, porque es socialmente fisiológico –en una sociedad basada sobre el mercado y sus inevitables estratificaciones– que los consumidores contraten con profesionales, los suministradores con los comitentes, los gestores con los preponentes.

Viéndolo bien, también es socialmente fisiológica la contratación entre empleadores y trabajadores, que resulta por antigua tradición dominada por vínculos de proporcionalidad económica del intercambio; ya se mencionó el artículo 2125 C. C., que impone una contraprestación para el

pacto de no competencia, y aun en forma más significativa puede evocarse el imperativo constitucional que sujeta el equilibrio económico del contrato de trabajo al parámetro de la retribución “proporcional” y “suficiente” (inc. 1.º art. 36 C. P.). Entonces, se puede decir que las nuevas normas sobre los contratos entre consumidores y profesionales, suministradores y comitentes, gestores y preponentes, extienden el vínculo de un cierto equilibrio económico del contrato hacia nuevas y más vastas áreas de contratación desarrolladas con base en la fisiología social, superando la aislada singularidad del trabajo subordinado en el que tradicionalmente se agotaba el fenómeno.

Los nuevos regímenes se separan también del modelo de control sobre el equilibrio económico del contrato, al cual corresponden las previsiones tradicionales sobre precios impuestos. Estas últimas persisten (más bien, en lo que hace a la mayoría, persistían) en zonas muy circunscritas de las contrataciones entre particulares, cuyos confines coinciden con los mercados de determinados bienes o servicios que son objeto de la maniobra de la política económica, cuales son el mercado de los arrendamientos de vivienda, y sus respectivos contratos; el mercado de los fármacos, y sus respectivos contratos; el mercado de los seguros de responsabilidad civil por actividad automovilística, y sus respectivos contratos, etc. En cambio, los nuevos regímenes tienen un campo de acción que no está delimitado por los bienes y servicios respectivos, por lo que resulta ser un campo de acción mucho más extenso; todos los contratos celebrados entre cualquier consumidor y cualquier profesional, prescindiendo del mercado al que pertenezcan; todos los contratos entre cualquier suministrador y cualquier comitente, cualquiera sea el producto o el servicio suministrado, etc.

Pero además hay otra diferencia. Los regímenes clásicos de control de precios anclan el equilibrio económico del contrato en valores concretamente cuantificados: aquel cierto precio impuesto, expresado en aquella cierta cantidad

monetaria. En cambio, los nuevos regímenes imponen al contrato un equilibrio económico sin proveer a su puntual cuantificación. Estos prefieren brindar parámetros elásticos: el “significativo desequilibrio” del inciso 1.º artículo 1469 *bis* C. C.; el “excesivo desequilibrio” del inciso 1.º artículo 9.º Ley 192 de 1998; la “adecuada contraprestación” del inciso 3.º artículo 6.º de la Ley 192 de 1998; la “vía equitativa” que el nuevo inciso 2.º artículo 1751 *bis* C. C. señala al juez que debe fijar la contraprestación de la obligación de no competencia asumida por el gestor. Y así, confían la decisión sobre la proporcionalidad del equilibrio contractual a la valoración más o menos discrecional realizada caso a caso por el juez.

XIII. SIGUE. EL RÉGIMEN DEL CONTRATO USURARIO ES EXTRAÑO AL NUEVO MODELO DE CONTROL SOBRE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

En mi opinión, debe dejarse por fuera de esta perspectiva el nuevo régimen de la usura, introducido por la Ley 108 de 1996 y por las consiguientes modificaciones del Código Penal y del Código Civil. Es cierto que también él impone al contrato cierto equilibrio económico, y brinda remedios contra el contrato que no lo respete, que sería calificado de usurario, pero lo hace de modo tal que se separa del “nuevo” modelo de control sobre el equilibrio económico del contrato, para acercarlo a los “viejos” modelos de la tradición. Más exactamente, de manera tal que no se observan las dos nuevas características que hemos visto distinguen al “nuevo” modelo, y que lo diferencian del “viejo”.

En efecto, el mutuo que prevea intereses usurarios es sancionado con la nulidad de (únicamente) la cláusula relativa a los intereses, de manera tal que “no se deben intereses” (art. 1815 C. C.); y cualquier otro contrato de crédito que prevea intereses usurarios es por su parte nulo por contrariar la norma imperativa (penal) del nuevo inciso 1.º artículo 644

1.º C. Penal. Pero la determinación de la “tasa límite”, más allá de la cual el interés se considera usurario, no se deja a la valoración del juzgador, sino que más bien se cuantifica con base en puntuales parámetros legales, según la lógica tradicional de los precios impuestos con relación a un mercado específico (y aquí se trata de precios impuestos al mercado del crédito).

Además, un contrato puede ser usurario aun cuando no se trate de un contrato de crédito, que en consecuencia no prevea propiamente “intereses”. Es el supuesto de hecho que se contempla en el inciso 1.º artículo 644 C. Penal, donde se sanciona penalmente incluso el comportamiento de quien, como contraprestación de alguna “utilidad”, distinta del otorgamiento de un crédito, “se hace dar o prometer [...] ganancias usurarias” no consistentes en intereses: cuando ello se dé con base en un contrato, éste queda sujeto al remedio de la nulidad virtual (inc. 1.º art. 1418 C. C.).

Aquí –a diferencia de lo que se ha visto sucede en los contratos de crédito con intereses usurarios– el desequilibrio económico que la ley quiere sancionar no es materia de una puntual cuantificación normativa, que el juzgador deba limitarse a recibir y aplicar, más bien se remite a la valoración autónoma del juzgador: la usura se desata cuando “las otras ganancias o retribuciones” (distintas de intereses) que el contratante usurario recaba del otro resultan, “tomando en cuenta las circunstancias concretas [...] de cualquier manera *desproporcionadas* respecto de la prestación de [...] otra utilidad” (distinta del otorgamiento de un crédito) hecha o prometida por él. Desde este punto de vista, parecería ingresar en el ámbito del “nuevo” modelo de control sobre el equilibrio económico del contrato.

Pero la última parte del inciso 3.º artículo 644 C. Penal es de la tendencia de reconducir el supuesto de hecho a la lógica del “viejo” modelo, de modo que, para que se desate la usura –con la consecuencia penal de la incriminación, y la consecuencia civil de la nulidad– se requiere de un elemento

adicional, consistente en que la víctima de la usura se encuentre, cuando contractualmente da o promete ganancias o retribuciones usurarias, “en condiciones de dificultad económica o financiera”. Es, con toda claridad, un elemento que califica la contratación como una contratación desarrollada en un contexto de patología de las relaciones sociales, y así, se separa el remedio del “nuevo” modelo de control sobre el equilibrio económico del contrato, para acercarse al esquema tradicional de la rescisión (o de la anulación por incapacidad natural).

XIV. CUARTO. LA CRECIENTE AUSENCIA DE DIFERENCIAS ENTRE REGLAS DE VALIDEZ Y REGLAS DE COMPORTAMIENTO/ RESPONSABILIDAD. LA TRADICIONAL SEPARACIÓN, Y LAS PRIMERAS FRACTURAS JURISPRUDENCIALES

Otro principio tradicional del derecho de los contratos enseña que una cosa son las reglas sobre la validez del contrato y otra cosa –totalmente distinta– las reglas que imponen al contratante deberes de comportamiento y consiguientes responsabilidades; que los criterios con base en los cuales se predica la invalidez de un contrato no se pueden confundir ni pueden interferir con aquellos con base en los cuales se predica la responsabilidad de una parte frente a la otra en razón de comportamientos por ella desplegados.

Todos somos aficionados de este principio (por lo menos yo lo estoy). Sin embargo, creo que debemos reconsiderarlo, sea a la luz de datos que desde hace tiempo son objeto de la atención del intérprete, sea sobre todo a la luz de datos nuevos que emergen de los más recientes desarrollos de la jurisprudencia y, aún más, de la legislación.

Viéndolo bien, el propio régimen del código exhibe áreas en las cuales se entrelazan abiertamente problemas de validez del contrato y problemas de responsabilidad de los contratantes, por ejemplo, el área donde las reglas sobre los vicios del consentimiento interfieren con las de la responsa-

bilidad precontractual. En el ámbito del régimen de la *culpa in contrahendo*, el artículo 1338 C. C. obliga al resarcimiento a “la parte que, conociendo o debiendo conocer una causal de invalidez del contrato, no dio aviso a la otra parte”. De manera que, por ejemplo, los criterios con base en los cuales se valora si la parte que no incurrió en error conocía o habría podido conocer con la diligencia ordinaria el error esencial de la contraparte sirven, bien sea para juzgar sobre la invalidez del contrato (de la que es requisito, *ex* artículo 1428 C. C., la posibilidad de conocer el error), o bien sea, al mismo tiempo, para juzgar si la parte que no ha incurrido en error responde frente al que ha errado *ex* artículo 1338 C. C. Así como, más claramente, el comportamiento engañoso de la parte, que vuelve el contrato anulable por dolo, se identifica sin duda con el comportamiento que fundamenta la responsabilidad de dicha parte frente a su contraparte, víctima del engaño.

A la erosión de la barrera que tradicionalmente separa las reglas de validez y las reglas de comportamiento/responsabilidad se unen luego ciertos desarrollos de la jurisprudencia, relacionados con la utilización del principio de buena fe contractual. En el modelo recibido, la buena fe contractual integra el contrato (que se presupone válido), atribuyendo a las partes obligaciones o riesgos contractuales que no se encuentran expresamente contenidos en su texto, o también, liberando a las partes de obligaciones o riesgos formalmente previstos en las cláusulas, pero privadas de su sentido originario en virtud de las circunstancias en que se produce el cumplimiento y el correspondiente esfuerzo de la parte obligada. Así, ella promueve ya sea un juicio de responsabilidad o un juicio de liberación de responsabilidad, pero en cualquier caso opera exclusivamente en el terreno del daño y el resarcimiento.

Bien, jurisprudencias recientes, acogiendo tendencias doctrinarias, comienzan a trasladar la función del principio de buena fe a un terreno distinto, el del juicio de validez / in-

validez del contrato. Al principio, de modo, por así decirlo, críptico o subrogatorio: las destacadas sentencias de finales de los años 80 (la primera de la serie, Cas. 3362 de 1989) que invocan la buena fe como posible límite a la operatividad de las garantías *omnibus* no hacen otra cosa, en definitiva, que atacar en términos de eficacia u oponibilidad del compromiso contractual (es decir, de la responsabilidad de la parte obligada) la misma cuestión que siempre se había planteado en términos de validez de ese compromiso contractual (y más exactamente, de su nulidad por indeterminación e indeterminabilidad del objeto); y luego de manera abierta, con la sentencia de finales de los años 90 que declara inválida una determinada cláusula del *leasing* (que transfiere al beneficiario el riesgo de la falta de entrega del bien), y para ser más precisos, que la declara nula, simplemente porque “viola el principio de la ejecución del contrato de acuerdo con la buena fe” (Cas. 10926 de 1998).

XV. SIGUE. LA MEZCLA ENTRE LOS DOS ÓRDENES DE REGLAS SE ACENTÚA CON LOS NUEVOS RÉGIMENES DEL CONTRATO CON EL CONSUMIDOR

A ese paso del principio de la buena fe al terreno del juicio de validez del contrato se ha prestado también el legislador (italiano, siguiendo la línea del europeo), y recordándolo se vuelve al meollo del tema específico de estas páginas, porque fue el legislador el que reguló –con los nuevos arts. 1469 *bis* y ss. C. C.– el contrato con el consumidor.

Este régimen es esencialmente un régimen de invalidez (el extravagante recurso de la utilización del término “ineficacia” no puede engañar a nadie) de las cláusulas de tales contratos, en cuanto sean abusivas. Pero entre los criterios ofrecidos al intérprete para predicar el carácter abusivo (y en consecuencia, la invalidez) de las cláusulas está –como se sabe– la buena fe; incluso frente a la incongruencia de aquel “a pesar de”, tantas veces vituperado vanamente, el

sentido del artículo inciso 1.º 1469 *bis*, es que la cláusula es abusiva cuando el significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones de las partes resulte contrario a la buena fe. Es cierto que el criterio es mucho más nominal que efectivo, operativamente hablando, y sin embargo su evocación en tal contexto evidencia un legislador dispuesto a contaminar el juicio de validez con parámetros que la tradición coloca en la esfera de los juicios sobre el comportamiento y la responsabilidad.

En el ámbito del mismo régimen, la contaminación es aún más evidente desde otro punto de vista. Elemento impeditivo del carácter abusivo es que la cláusula (aunque implique un significativo desequilibrio, contrario a la buena fe) haya sido negociada por las partes: inciso 4.º artículo 1469 *ter C.* C. Es decir, la cláusula es abusiva o no lo es (inválida o válida) según que haya sido impuesta unilateralmente o que haya sido negociada; pero esto significa mezclar elementos estructurales y elementos procedimentales, porque el juicio de validez (referido tradicionalmente a la estructura del supuesto de hecho contractual) depende aquí, en cambio, de elementos que se relacionan con modos de comportamientos de las partes, extraños a la estructura del contrato. (*Per incidens*: otro campo en el que pululan las nulidades dependientes –en contra del esquema tradicional– de variables externas al contrato es el de los acuerdos de no competencia, contemplados en la ley *antitrust*).

Aún más, los nuevos regímenes del contrato con el consumidor multiplican los vínculos de transparencia y los deberes de información a cargo de la parte que goza de asimetría informativa en perjuicio de la otra parte. Dentro del esquema al que estamos acostumbrados, estos vínculos y obligaciones se destacan esencialmente en el terreno de la responsabilidad (precontractual), exponiendo al contratante que no los observe a resarcir el daño causado a la otra parte por su reticencia o ambigüedad; salvo los casos extremos y marginales en los cuales tal reticencia pueda calificarse

incluso como dolo (omisivo) capaz de anular el contrato. Apartándose de este esquema, los nuevos regímenes proponen uno distinto, el de los vínculos de transparencia y deberes de información como factores capaces de incidir sin duda sobre la validez del contrato.

Por ejemplo, es una regla que la cláusula del contrato entre consumidor y profesional no puede calificarse de abusiva sólo porque tenga por objeto del contrato un determinado bien o servicio, o porque indique un determinado precio como contraprestación de estos. Pero la regla cede, y la cláusula se expone a la posibilidad de ser calificada de (abusiva, y en consecuencia) inválida, cuando viole el vínculo de la transparencia, en razón de que el objeto o el precio no resultan “determinados de manera clara y comprensible” (inc. 2.º art. 1469 *ter* C. C.).

La inédita contaminación entre reglas de comportamiento (para la transparencia) y juicio de validez puede encontrar un canal adicional en la aplicación no restrictiva del mecanismo de la nulidad virtual. Como se ha señalado ya, las reglas de transparencia y los deberes de información tienen efectivamente carácter de normas imperativas, de modo tal que el contrato concluido sin su observancia puede tildarse de nulo, precisamente, porque es “contrario a normas imperativas” (inc. 1.º art. 1418 C. C.): éste es otro caso en el que la nulidad termina por depender de la violación de reglas de comportamiento.

¿Algún ejemplo? Sabemos que varias normas, relacionadas con determinados contratos, disponen que el contrato debe ser escrito y que debe entregarse una copia del mismo al cliente. Así ocurre en los contratos bancarios (inc. 1.º art. 117 Dcto. Legislativo 385 de 1993), en los financieros (inc. 1.º art. 23 Dcto. Legislativo 58 de 1998), en la venta de paquetes turísticos (inc. 2.º art. 6.º Dcto. Legislativo 111 de 1995), en los de multipropiedad (inc. 3.º art. 3.º Dcto. Legislativo 427 de 1998, donde se dispone inclusive acerca del idioma del texto). Existe incertidumbre entre los intérpretes sobre las

consecuencias de la falta de entrega de la copia al cliente; sería una solución ciertamente dura, aunque cualquier cosa antes que jurídicamente infundada, aquella que fuese partidaria de la nulidad del contrato *ex* inciso 1.º artículo 1418 C. C. Y el mismo razonamiento puede aplicarse a la falta de entrega al cliente del documento informativo precontractual, que tantas normas ponen a cargo del contratante profesional.

Esta creciente mezcla entre reglas de validez y reglas de comportamiento / responsabilidad puede disgustarle a quien sea aficionado de la vieja distinción, pero el lamento no puede velar la presencia objetiva de las nuevas tendencias. Pero luego, quizás, existe un modo de “desdramatizarlo”, y consiste en “desdramatizar” la propia contraposición existente entre los dos órdenes de reglas, diluyéndola en una categoría unitaria más general, en la cual uno y otro orden puedan encontrar lugar: la categoría de remedio contractual.

Decir que un contrato es inválido casi siempre significa, en definitiva, acordar tutela al interés de una parte (la que aspira a liberarse del vínculo contractual) en contra de la otra; no en forma muy distinta a como se tutela el interés de una parte contra la otra cuando se dice que ésta última ha violado una obligación de comportamiento y que responde por ello frente a la primera. Es cierto, cambia el modo técnico del remedio (de la tutela del interés), pero se trata siempre de remedio (de tutela de intereses).

XVI. EL NUEVO PARADIGMA CONTRACTUAL: ÁREA DE INFLUENCIA, Y FUERZA EXPANSIVA MÁS ALLÁ DEL CONTRATO CON EL CONSUMIDOR

Los datos presentados en las páginas anteriores ponen de relieve un nuevo paradigma contractual, bastante distinto del que le es propio al contrato de derecho común, entregado por la tradición.

Para resumir, se trata del paradigma de un contrato cuya “fuerza de ley” resulta notoriamente atenuada (por

la profusa creación de rescisiones por arrepentimiento, y por la difusión de las causales de invalidez provenientes de la multiplicación de los vínculos de forma, de contenido, de transparencia/totalidad); un contrato en el que la impugnación más grave es equilibrada con una contención forzosa de sus consecuencias destructivas (nulidades relativas, nulidades sólo parciales); un contrato cada vez más sujeto a controles sobre el equilibrio de las prestaciones, en sentido no sólo normativo sino también genuinamente económico, mucho más allá de los limitados casos en que la tradición lo aceptaba; un contrato cuyo régimen sufre la creciente mezcla entre órdenes de reglas tradicionalmente separados, como las reglas de validez y las reglas de comportamiento/responsabilidad.

Debemos ahora preguntarnos sobre el área de influencia de este nuevo paradigma. ¿Se trata de un área limitada, al punto de convertirlo en un paradigma marginal respecto del paradigma del contrato de derecho común?, ¿o se trata de un área vasta y en expansión, de manera que el nuevo paradigma entra en contienda con el paradigma tradicional por el dominio en el universo de los contratos?

La segunda opción tiene muchos elementos a su favor.

Para comenzar, uno de los regímenes más significativos para la definición del nuevo paradigma, el régimen de los contratos entre consumidores y profesionales (art. 1469 *bis* y ss. C. C.), tiene un área de incidencia cuantitativamente enorme. Nadie –creo– puede reconstruir el cuadro de las relaciones contractuales entre consumidores y profesionales presentes en el sistema en un determinado período de tiempo, en relación con el número total de las relaciones contractuales presentes en ese sistema en el mismo período de tiempo (la tentación de emprender la tarea de hacer un cálculo tal sería concebible en un personaje *à la* BORGES, mucho más que en un sociólogo del derecho, aun dotado éste de fantasía y de buena voluntad), pero me parece cierto que las primeras representan un porcentaje muy

consistente de las segundas. Pensemos, planteándonos ejemplos concretos, cuántos contratos de la vida cotidiana de todas las personas se subsumen en los artículos 1469 *bis* y siguientes C. C.; alguno podría afirmar con seguridad que tales contratos “valen” numéricamente más del 50% del universo de los contratos (¿y que el nuevo paradigma contractual tiene, en razón de ello, una extensión superior a la del paradigma tradicional?).

Pero hay más. El nuevo paradigma contractual, aunque edificado originariamente con base en el régimen del contrato con el consumidor (entendido como contrato entre un consumidor y un profesional), se nutre en realidad inclusive de los regímenes contractuales que no tienen esta connotación subjetiva, desde que prescinden de la mencionada calidad socio-económica de las partes, o desde que aceptan dichas cualidades distintas en las partes. O, nacido en el campo del contrato con el consumidor, el nuevo paradigma contractual muestra una fuerza expansiva que lo proyecta más allá de dicho campo.

En efecto, para apreciar los diferentes aspectos del nuevo paradigma, hubo de seguirse la pista al régimen del contrato con el consumidor; pero luego se terminó por apelar incluso a los regímenes contractuales ajenos a tal categoría. Se apeló a las reglas del contrato de suministro y a las reglas del contrato de gestión, pero tales normas regulan contratos que se dan no entre un consumidor y un profesional, sino entre dos profesionales. Luego se recurrió a las normas de los contratos bancarios y de los contratos financieros, pero tales normas regulan contratos que, si bien por un lado contemplan la presencia de un profesional, por el otro no cuentan necesariamente con la presencia de un consumidor (contraparte de la banca o del intermediario financiero puede ser un consumidor, pero también un profesional, y las normas no cambian). Y, viéndolo bien, algún elemento del nuevo paradigma contractual puede entreverse incluso en el nuevo régimen de arrendamiento de vivienda (Ley

431 de 1998), es decir, en los regímenes contractuales que prescinden de la calidad socio-económica de las partes.

XVII. DEL CONTRATO CON EL CONSUMIDOR AL CONTRATO CON ASIMETRÍA DE PODERES CONTRACTUALES ENTRE LAS PARTES

Si es así, el elemento unificador de los contratos cuyos regímenes definen el nuevo paradigma contractual no puede identificarse, en forma restringida, en una rígida estratificación socio-económica de las partes contratantes; debe buscarse, más bien, en un elemento más general. Es el elemento que alguna vez fue definido como “debilidad” de una parte respecto de la otra, y que en un lenguaje más moderno puede hoy denominarse como asimetría de poderes contractuales.

Hay asimetría de poderes contractuales entre consumidores y profesionales, pero no sólo. Incluso relaciones que no corresponden a ese binomio –como las que se dan entre suministradores y comitentes, entre gestores y preponentes, entre bancos y clientes, entre intermediarios financieros e inversionistas, entre arrendadores y arrendatarios– contraponen a una parte dotada de un determinado poder contractual a otra parte dotada de un poder contractual menor. En razón de tal asimetría –dondequiera que se manifieste– el legislador introduce, para proteger a la parte que la padece, las reglas que se mencionaron como constitutivas del nuevo paradigma contractual.

XVIII. CORRESPONDENCIAS TRANSNACIONALES

Este andar del derecho italiano hacia la construcción y confirmación de un nuevo paradigma contractual no se hace por una senda del todo autóctona y solitaria. Se trata, por el contrario, de una senda en la que nuestro sistema jurídico encuentra, fuera de las fronteras nacionales, importantes guías y compañeros de viaje.

Para comenzar, muchísimos de los regímenes que nutren el nuevo paradigma contractual (por no decir casi todos) son regímenes que implementan en Italia directivas europeas, y en consecuencia elementos de ese mismo paradigma han penetrado (si es que no estaban ya instalados) incluso en el derecho contractual de los otros ordenamientos de la Unión, que igualmente acogieron esas directivas.

Pero las tendencias evolutivas referidas en estas páginas encuentran otras correspondencias y corroboraciones, incluso por fuera de las que se refieren a las directivas. Estas se dan, en particular, con las dos producciones más importantes relacionadas con un nuevo derecho de los contratos a escala transnacional, producidas en el último período del milenio que acaba de pasar: los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (1994); y los Principios de un derecho europeo de los contratos, elaborados por la Comisión Lando (1995-1999).

Ello podría demostrarse con el análisis de los dos textos, que aquí es imposible llevar a cabo con suficiente extensión y profundidad. Nos limitamos a destacar dos datos de macroscópica importancia, interrelacionados entre sí.

El primer dato es que en los dos textos se manifiesta la propensión a generalizar ciertos vínculos de equilibrio (normativo, o también económico) del contrato, aun cuando éste no haya sido concluido en condiciones socialmente patológicas.

En los Principios europeos se destaca en primer término el artículo 4:109 (*Excessive benefit or unfair advantage*), que vuelve impugnabile el contrato en el cual una parte haya obtenido conscientemente *an excessive benefit*, cuando la parte afectada con el intercambio *was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill*: condiciones que sólo en su minoría (quizá sólo la que se refiere al *economic distress*) delinean un contexto contractual socialmente patológico, mientras

que en su gran mayoría pueden calificarse en términos de fisiología de las relaciones sociales.

Consideraciones análogas pueden hacerse respecto del artículo 3.10 de los Principios Unidroit (*Gross disparity*), que consiente a una parte impugnar el contrato que dé a la otra parte un *unjustifiably [...] an excessive benefit*, cuando tal desequilibrio se relacione con alguno de los factores de asimetría de poderes contractuales allí señalados, y que sustancialmente coinciden con los del artículo 4:109 de los Principios europeos, compartiendo su clara naturaleza no patológica.

Se destaca, luego, el artículo 4:110 de los Principios europeos (*Unfair terms not individually negotiated*), que vuelve impugnables las cláusulas por las que se determine algún *significant imbalance in the parties' rights and obligations*, siempre que la cláusula desequilibrante no haya sido *individually negotiated*. También ésta es una condición que puede calificarse de cualquier cosa antes que de socialmente patológica, dado que la contratación estandarizada por adhesión pertenece a la fisiología, y no a la patología, de las sociedades modernas.

La última norma referida, y con ella las normas que le siguen, reproducen sustancialmente el régimen de las cláusulas abusivas de los contratos entre consumidores y profesionales, extraído de la Directiva 1993/13/CE, y de las normativas nacionales receptoras de ésta última (en Italia los arts. 1469 *bis* y ss. C. C.). Este desvío, sumamente significativo, introduce el segundo dato que se quiere destacar: los Principios de la Comisión Lando no se aplican sólo a los contratos entre consumidores y profesionales, sino que tienen un radio de incidencia más general que los lleva a abarcar todos los contratos, prescindiendo del específico *status* socio-económico de las partes. En consecuencia, no es este *status* el que debe destacarse formalmente a los fines de la aplicación de las normas sobre el "desequilibrio significativo", sino más bien la circunstancia que entre las partes

exista una asimetría de poderes contractuales, revelada por la ausencia de tratos preliminares sobre la cláusula que, en definitiva, una de las partes tiene el poder de imponer unilateralmente a la otra.

Desde este punto de vista, los Principios europeos confirman la transición del contrato con el consumidor a la figura más general del contrato con asimetría de poderes contractuales. Y determinan algo así como un debilitamiento, una pérdida de protagonismo de la categoría del contrato con el consumidor, lo que luego se corrobora con los Principios Unidroit, los cuales en forma programática dirigen sus previsiones no ya al contrato con el consumidor, sino a los contratos entre operadores económicos profesionales.

Si esta relativa pérdida de peso y protagonismo de la figura específica del contrato con el consumidor es una tendencia efectiva a escala transnacional, y específicamente dentro del derecho europeo, puede entonces resultar no del todo afortunada la invocación que alrededor de ella se hiciera en este verano de 2001, en el marco de la consulta sobre las perspectivas del derecho contractual europeo, promovida por la Comisión de la Comunidad con la comunicación del 11 de julio de 2001. Se trata de la invocación a consolidar las normas sobre el contrato con el consumidor en un texto único, o incluso en un código de las relaciones de consumo.

Una obra tal de consolidación (y de autonomía) del cuerpo normativo atinente al contrato con el consumidor corre el riesgo de volver sobre el pasado, puesto que la categoría se muestra, por lo apenas señalado, como recesiva, aunque lo haga con honor, porque su semilla ha fecundado un campo más amplio de las relaciones contractuales, dando origen a ese paradigma, más comprensivo, del contrato con asimetría de poderes contractuales, que parece pertenecer al futuro.

CAPÍTULO TERCERO
PARTIENDO DE LA FORMACIÓN: DIVAGACIONES NO
MUY ORTODOXAS EN MATERIA DE CONTRATOS

**I. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO: UN TEMA NOBLE, UN
TEMA ACTUAL, UN TEMA APARENTEMENTE DRAMÁTICO**

El civilista medio (digo medio, no mediocre) –y más específicamente el medio estudioso del contrato– estaría pronto a jurar que la formación del contrato es uno de los temas nobles de su materia, un tema decisivo para llegar a la esencia de la figura, y en consecuencia un tema crucial para cualquier teoría sobre el contrato.

En esta convicción, él se reconfortará con el recuerdo de la enseñanzas de GINO GORLA. En sus trabajos de los años 60, principalmente, este autor buscaba representar el régimen de los contratos como un sistema de pesos y contrapesos creado esencialmente para equilibrar, según la razonabilidad y la conveniencia, los intereses de las partes y su respectiva tutela; y el campo que GORLA privilegiaba para deducir argumentos que respaldaran su tesis era precisamente el campo de las reglas sobre la formación del contrato.

Nuestro civilista medio podría también reafirmar su convicción al constatar el espacio que dedica al tema de la formación, en su obra sobre el contrato, otro maestro contemporáneo del derecho contractual como lo es RODOLFO SACCO; y en particular, al ver que uno de los puntos de observación que SACCO privilegia para penetrar en forma

crítica la figura es aquél que brinda una norma referida a la formación del contrato, cual es el artículo 1333 C. C.

Otros elementos de convicción encontrará si mira más allá de las fronteras. En particular, recordando que precisamente la *formation of contracts* fue el tema que en los años 60 RUDOLF SCHLESINGER había tenido como centro de sus seminarios de Cornell, para organizar en torno a él la búsqueda de un *common core* de los distintos ordenamientos jurídicos (para dar noticia a los italianos estuvo RODOLFO SACCO, en una pequeña y áurea nota publicada en *Civile* de 1972, en la que además descubrimos la conexión entre la iniciativa de Cornell y los trabajos de GORLA, referidos arriba).

Más que un tema noble, la formación del contrato muestra las características de un tema bien calado en la actualidad.

En la actualidad legislativa. Al área de la formación del contrato (y de sus respectivos problemas) es a la que se refieren las recientes normas sobre los contratos cuya celebración es informática o telemática, o los contratos a distancia, o los contratos para la colocación de productos financieros celebrados mediante oferta fuera del establecimiento. A esta misma área problemática nos conducen, viéndolo bien, importantes aspectos del nuevo régimen de los contratos entre profesionales y consumidores; no sólo y no tanto el aspecto que relaciona la operatividad del régimen con un determinado escenario de formación del contrato (la ausencia de tratos preliminares), como más bien, por ejemplo, el sentido y las implicaciones de una norma como la del numeral 10 inciso 3.º artículo 1469 *bis* C. C., que tilda de abusiva la cláusula que prevea “la extensión de la adhesión del consumidor a cláusulas que no ha tenido la posibilidad de conocer antes de la celebración del contrato”.

En la actualidad de los desarrollos jurisprudenciales. Está muy fresca la fundamentada sentencia con la cual la Corte Suprema, subvirtiendo en forma sorpresiva su orientación pluridecenal sobre una cuestión vivamente controvertida

por parte de la doctrina, afirma el carácter recepticio de la revocatoria de la oferta contractual, cuyos efectos entonces se desatarían en el momento de la recepción por parte del destinatario de la oferta, y no, como constantemente había sido sostenido hasta el momento por los jueces, en el momento de la emisión por parte del oferente (Cas. Sección Segunda, 6323 de 2000).

En fin, en la actualidad del debate doctrinario, donde las cuestiones que se relacionan con la formación del contrato, si bien no hacen de león, tampoco pueden considerarse ausentes o marginales. Todos recordamos la polémica sobre el “intercambio sin acuerdo” y la “deshumanización del contrato”, elegantemente desatada a finales de los años 90 entre NATALINO IRTI y GIORGIO OPPO. Pero también vale la pena recordar como aflora aquí y allá, en la doctrina, un inédito interés por indagar sobre la naturaleza de las reglas relativas a la formación del contrato y a los derechos que ellas generan en las partes, o por explorar los espacios en los cuales la autonomía privada puede considerarse capaz de derogar esas reglas y así disponer de esos derechos; problemática en torno a la cual –permítaseme señalarlo aquí– se están desarrollando las investigaciones y reflexiones de mi pupilo ALBERTO M. BENEDETTI.

Se dijo al principio que es “natural” pensar en la formación del contrato como un tema muy importante para la teoría del contrato. Con mayor razón, podemos ser “naturalmente” inducidos a pensar que se trata de un tema además importante para la práctica del contrato, es decir, para las soluciones de los conflictos que en la práctica de la contratación surgen entre las partes.

Más bien, más que relevante, porque decidir si el contrato se formó o no se formó, a la luz de las reglas que gobiernan la celebración, puede parecer una decisión dramática (algo así como un *tragic choice*), en cuanto pone radicalmente en juego la totalidad de los derechos que una parte pretenda derivar del contrato y hacer valer frente a la otra. De ma-

nera que –en esta perspectiva, a la que parece razonable adherir– la alternativa entre formación y falta de formación se presenta como alternativa entre universos (de derechos) absolutamente distantes, no equiparables ni comunicados entre sí; como alternativa entre el éxito por el cual una parte lo gana todo y la otra lo pierde todo, y la hipótesis contraria, en la cual la primera es totalmente derrotada y la segunda obtiene una victoria total.

II. ¿PERO ES REALMENTE TAN DRAMÁTICO? LA HIPÓTESIS DE UNA “DESDRAMATIZACIÓN” SELECTIVA

Una reflexión menos superficial sugiere, sin embargo, que las cosas no son precisamente así.

La reflexión es estimulada por un dato empírico, cual es la relativa escasez de decisiones judiciales sobre los problemas relativos a la formación del contrato. Si la producción jurisprudencial es escasa, se puede razonablemente pensar que escasa también es la *litigation* sobre la materia; y si los operadores tienen pocas ocasiones o poco interés en litigar sobre la formación del contrato, se puede sospechar que los problemas y las reglas correspondientes no tienen toda la dramática importancia que más arriba se planteaba.

Transformemos la sospecha en una pregunta, que es al propio tiempo un tema de investigación. Iniciado el pleito entre dos partes “contratantes”, ¿es realmente tan importante –o mejor, en qué sentido y dentro de qué límites es importante– saber si entre esas mismas partes se ha formado o no un contrato, y en consecuencia si ellas se encuentran o no vinculadas por un contrato?

Precisamente a ese tema de investigación se dedica el presente aporte, que se desarrollará a través de una serie de argumentos y razonamientos, dirigidos a sostener una tesis de fondo conclusiva, que considero oportuno adelantar en este momento.

La conclusión a la que llegaré es ésta: la formación del contrato es una cuestión que requiere ser ampliamente “desdramatizada”, respecto del “dramatismo” con el que se tiende naturalmente a recargar. Pero atención, la “desdramatización” no puede ser indiscriminada, sino más bien selectiva. Para precisar hasta qué punto es pertinente “desdramatizar”, y dónde en cambio es pertinente que el estatuto del problema conserve cierto grado de dramatismo, se propondrá un criterio. Este criterio quizás pueda ofrecer, a quien ama pensar sobre el contrato en términos sistemáticos, alguna perspectiva útil para volver sobre la organización general de la figura.

III. EL PROBLEMA DE LA FORMACIÓN DEL VÍNCULO CONTRACTUAL COMO ALTERNATIVA ENTRE LAS DISTINTAS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS DIGNO DE TUTELA

Existe una línea de razonamiento que conduce a “desdramatizar” el problema de la formación del contrato (y al mismo tiempo –como veremos– a desacralizar o laicizar o relativizar la propia figura del contrato, y más exactamente, la idea del vínculo contractual). Se trata de la línea que otorga especial valor y protagonismo a la categoría del “remedio”, entendido en la acepción lata del *remedy* del *common law*, o como técnica de tutela de un interés digno de protección.

¿Por qué la perspectiva del remedio puede “desdramatizar” el problema de la formación del contrato? “A” opone a “B” pretensiones que podrían fundarse en el contrato que cree celebrado con éste último, mientras que “B” rechaza tales pretensiones negando la formación del contrato. Frente a tal escollo, decidir si el contrato se ha formado no, no es el único problema, y quizás ni siquiera el primero, que el juzgador debe resolver. El primer problema que –a nivel, si se quiere, de “precomprensión”– el juzgador enfrentará es saber si, acogidas las pretensiones de “A”, existe un interés digno de tutela. Si la respuesta es afirmativa, debe

acordársele un remedio a "A", pero no necesariamente un único y exclusivo remedio; no necesariamente el remedio que implica la formación del contrato.

Para tutelar el interés de "A", que como quiera que sea es digno de tutela, se podrá elegir entre distintas técnicas de tutela, y en consecuencia entre diferentes remedios. Se podrá ciertamente (sostener que el contrato se formó, y entonces) brindar a "A" un remedio basado en la titularidad de un derecho contractual. Pero no necesariamente, pues también se podrá (sostener que ningún contrato se formó, y a pesar de ello) brindar a "A" un remedio que prescindiera del reconocimiento de un derecho contractual en cabeza suya; remedio que tendrá la mayoría de las veces naturaleza resarcitoria, y en consecuencia consistirá en la atribución de una suma de dinero.

En esta perspectiva, la formación o no formación del vínculo contractual entre "A" y "B" es un tema que se sale del mundo de lo absoluto para terminar siendo relativo, y de esa manera, precisamente, logra "desdramatizarse". Si el contrato existe, el interés de "A" será protegido según una determinada técnica de tutela, basada en la existencia del vínculo contractual; podríamos decir, tutela "por vínculo". Pero también si el contrato no existe, el interés de "A" será protegido, aunque sea con una técnica de tutela distinta: tutela por "resarcimiento".

La diferencia entre la situación en la cual el contrato se ha formado y la situación en la que se niega tal formación no es tal que conduzca a pensar que se trate de dos mundos incomunicados entre sí, porque ambos comparten un elemento que se debe destacar, cual es la actuación de un remedio a favor de la parte titular de un interés digno de tutela. La diferencia es, simplemente, de modos y de técnicas de la tutela del interés: en un caso, tutela "por vínculo"; en el otro, tutela "por resarcimiento".

Con su habitual capacidad de provocación inteligente, PIGI MONATERI dijo recientemente respecto de la formación

del contrato que se trata de “un típico ejemplo de problema esencial para los juristas pero, probablemente, socialmente irrelevante”. Él considera que preferir un modelo sobre otro para determinar cuándo la aceptación del destinatario de la oferta perfecciona el contrato (el modelo de la emisión, en lugar del que se refiere al conocimiento, o al de la recepción) no tiene mayores consecuencias prácticas en la dinámica de la contratación. Acá se quiere decir algo distinto y más “fuerte”: podría no tener grandes consecuencias prácticas hasta saber—dentro de un determinado modelo—si conforme con ese modelo el contrato debe considerarse perfeccionado o no.

IV. CASOS DE SURGIMIENTO DE LA ALTERNATIVA ENTRE TUTELA POR VÍNCULO Y TUTELA POR RESARCIMIENTO: REVOCATORIA DE LA OFERTA E INDEMNIZACIÓN DEL DESTINATARIO DE LA OFERTA; RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL; APARIENCIA DE PODERES REPRESENTATIVOS

El universo de los supuestos de hecho frente a los cuales (el contrato existe, de manera que) opera la simple tutela por vínculo y los supuestos de hecho frente a los cuales (el contrato no existe, de modo que) opera la simple tutela por resarcimiento son universos vecinos, separados por límites imprecisos y móviles.

De ello pueden dar fe algunos ejemplos.

Uno de ellos se relaciona con la revocatoria de la oferta, en el caso en que el destinatario de la misma haya manifestado ya su aceptación y haya comenzado de buena fe la ejecución. Aquí al aceptante interesará sostener que la revocatoria no ha logrado producir sus efectos, que en consecuencia el contrato se formó irrevocablemente y que sobre esta base él es titular de derechos contractuales que lo legitiman para invocar la tutela por vínculo. Pero si no lo logra, el inciso 1.º artículo 1328 C. C. le brinda un remedio alternativo. Si la revocatoria ha sido eficaz, y en consecuencia el contrato

no se formó, en lugar de una tutela por vínculo se le otorga una tutela por resarcimiento, ya que el revocante “es obligado a indemnizarlo por los gastos y por las pérdidas sufridas por haber iniciado la ejecución del contrato”. En la letra de la norma las dos situaciones alternativas no se presentan separadas por un abismo insalvable; sino que se encuentran relajadamente colocadas en un mismo plano, una al lado de la otra.

Otro ejemplo, muy cercano al anterior, es el que se relaciona con los lazos existentes entre la formación progresiva del contrato y la responsabilidad precontractual, cuando una de las partes desiste de unos tratos preliminares muy avanzados y casi acabados. También aquí la otra parte podrá sostener que (por el estado avanzadísimo de los tratos preliminares, por los acuerdos parciales alcanzados, por las letras de intención ya suscritas, etc.) el contrato se ha perfeccionado. Frecuentemente, la prosperidad de esta pretensión se determina atendiendo a un límite sutilísimo; que la decisión se produzca más acá o más allá de ese límite es muy incierto, pues depende de factores de carácter milimétrico. Si se produce más acá, el contrato se habrá perfeccionado y legitimará a la parte para invocar una tutela por vínculo. Si se produce más allá, el contrato no se habrá perfeccionado y no habrá tutela por vínculo, pero habrá por lo menos una tutela por resarcimiento, que se genera en virtud de la responsabilidad precontractual de la contraparte. Se insiste, pasar de la tutela por vínculo a la tutela por resarcimiento no se produce como un tránsito trágico, sino más bien como un simple tránsito de un modo a otro de proteger el interés digno de tutela.

Con la misma lógica puede leerse una reciente decisión de la Corte de Casación: una oferta contractual que contenga un término para la aceptación tan breve que sea imposible de respetar, será aceptada por el destinatario en un término que según la razón sea el más breve posible, pero que de cualquier forma va a exceder el término previsto en la oferta.

El aceptante pretende que, en esas circunstancias, el contrato se considere igualmente perfeccionado. Ateniéndose rígidamente al inciso 2.º artículo 1326 C. C., la Corte Suprema rechaza esa posibilidad, lo que la conduce a negar la tutela por vínculo al aceptante; pero reconoce la responsabilidad precontractual del oferente, que deriva en una tutela por resarcimiento (Cas., Sección Primera. 4421 de 1996).

En fin, en el mismo horizonte conceptual se inscribe la posición de quien contrata con un representante de quien se duda si tiene o no poder de representación. El tercero contratante tendrá que sostener que tal poder existía, y que en consecuencia el contrato obliga al (¿pretendido?) representado. Su pretensión sobre la existencia del vínculo contractual se fundamentará en argumentos “límite”, como la existencia de un mandato tácito; de manera que se vuelve frágil la frontera entre la fundamentación o la falta de fundamentación de la pretensión misma, o entre la existencia o inexistencia de la relación contractual. Pero la alternativa a la existencia de la relación, y en consecuencia a la tutela por vínculo, no es la ausencia de tutela; más bien es, simplemente, otra clase de tutela, cual es la tutela por resarcimiento, que puede invocarse en contra del falso representante *ex* artículo 1398 C. C.

Decidir si al tercero contratante le corresponde una tutela por vínculo o por resarcimiento depende de cuestiones sutiles, de criterios de juicio elásticos y variables, confiados a la autónoma valoración de los intérpretes, mucho más que a la letra unívoca de una norma legal; ya se mencionó el mandato tácito, pero aun en forma más persuasiva se puede hacer referencia al principio de apariencia. De hecho, los modos y los efectos, diversamente graduados en la evolución interpretativa, con los cuales se le ha dado importancia a la apariencia de poderes representativos corresponden exactamente a una gradación de las técnicas de tutela que, a lo largo del tiempo, los jueces han considerado aplicables a favor del tercero que contrata con un *falsus procurator*.

En síntesis, inicialmente, dar importancia a la apariencia de poderes representativos significó ampliar el radio de acción de la tutela por resarcimiento, porque ello conduce en esa hipótesis a considerar responsable no sólo al falso representante, sino también al falso representado, al cual pueda imputársele responsabilidad por la apariencia de dichos poderes.

Luego se produjo el cambio de importancia del principio, cuando a la creación de una apariencia imputable a culpa del falso representado comenzó a aparejarse no una simple obligación resarcitoria, sino la propia eficacia del contrato perfeccionado por el representante (falso, pero) aparente; cambio de importancia del principio que fue al mismo tiempo cambio de calidad de la tutela, porque la vieja tutela por simple resarcimiento fue sustituida por una nueva tutela por vínculo.

Y finalmente, el cambio siguiente, que resulta de la más reciente jurisprudencia que parece propensa a otorgar la tutela por vínculo (es decir, a tener al contrato como eficaz frente al falso representado) no sólo cuando la creación de la apariencia se haya debido a culpa suya, sino siempre que la apariencia pueda serle imputada en forma simplemente objetiva, es decir sin que importe que su creación haya sido culposa (el llamado principio de la apariencia pura); cambio que se traduce en trasladar la tutela por vínculo de un campo restringido a un campo de aplicación más vasto.

V. SIGUE. EL RÉGIMEN DE LA RESCISIÓN ILEGÍTIMA EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA (INC. 3.º ART. 3.º LEY 431 DE 1998) COMO REFLEJO DE LA IMPORTANCIA DE DOS ELEMENTOS: LA FUERZA DEL HECHO Y EL PROTAGONISMO DE LA CUANTIFICACIÓN DEL RESARCIMIENTO

Los desarrollos jurisprudenciales sobre la apariencia de poderes representativos parecen indicar una tendencia a la ampliación del campo de acción de la tutela por vínculo, respecto de la mera tutela por resarcimiento.

Por el contrario, una reciente legislación especial parece ser de tendencia opuesta. Se alude al régimen de la rescisión del arrendamiento (de vivienda) por parte del arrendador, contenida en el artículo 3.º de la Ley 431 de 1998. Los primeros dos incisos del artículo 3.º refieren el límite dentro del cual el arrendador tiene derecho a rescindir el contrato al primer vencimiento del mismo; o, si se prefiere, las condiciones en defecto de las cuales la rescisión sería ilegítima. El tercer inciso establece las consecuencias de la rescisión ilegítima (es decir, la provocada por el arrendador fuera de los límites indicados), disponiendo: “Cuando el arrendador haya recobrado la disponibilidad de la vivienda como consecuencia del ejercicio ilegítimo de la facultad de rescisión [...] será obligado a resarcir al arrendatario en una cantidad a determinar, no inferior a 36 mensualidades del último canon de arrendamiento recibido”.

Estas consecuencias son, en cierto sentido, sorprendentes; y denotan una definitiva preferencia por la tutela por resarcimiento respecto de la tutela por vínculo.

Son sorprendentes porque los principios conducirían a consecuencias muy distintas. Los principios enseñan que si un acto es ilegítimo, deviene inválido y, en consecuencia, queda expuesto a impugnaciones que aseveren o determinen su ineficacia. O enseñan que si un acto se realiza en ejercicio de una facultad o de un poder que no tiene el autor, la falta de legitimación de ese autor sin duda vuelve el acto ineficaz. Luego, la rescisión “ilegítima” debería ser inválida o en cualquier caso ineficaz. Como tal, no debería producir su efecto característico, cual es impedir la continuación de la relación contractual de arrendamiento. En consecuencia, el arrendatario debería ser legitimado en todos los casos para hacer valer en contra del arrendador la pervivencia de la relación contractual.

Por el contrario, el inciso 3.º artículo 3.º de la Ley 431 de 1998 le niega esta facultad cuando “el arrendador haya recobrado la disponibilidad de la vivienda”, es decir, el

arrendatario no puede pretender que la relación contractual continúe; firme la cesación de la relación, puede obtener del arrendador simplemente el resarcimiento, en la medida de un múltiplo prefijado del canon.

En otras palabras, la ley protege el interés del arrendatario afectado por una rescisión ilegítima, pero lo hace dándole no el (prolongamiento del) contrato, sino más bien una suma de dinero; le brinda no la tutela por vínculo que sería la sugerida por los principios, sino la simple tutela por resarcimiento.

Esta pequeña norma marginal se muestra fecunda en ideas útiles para desarrollar el argumento central que acá se busca exponer. Primero que nada, porque confirma aquella cierta contigüidad o, incluso, relativa fungibilidad de la tutela por vínculo y la tutela por resarcimiento, sobre la cual se basa nuestra hipótesis de “desdramatización” del problema de la formación del contrato (y más en general, de la alternativa entre existencia e inexistencia de la relación contractual). Pero luego, y sobre todo, porque pone en fuerte y clara evidencia dos aspectos, cuya consideración resulta preciosa para los siguientes desarrollos del razonamiento.

El primer aspecto es la fuerza del hecho. Ello emerge del inciso “cuando el arrendador haya recobrado la disponibilidad de la vivienda”, que señala la condición en presencia de la cual el arrendatario víctima de una rescisión ilegítima es privado de la tutela por vínculo y debe contentarse con una tutela por resarcimiento. La recuperación de la disponibilidad por parte del arrendatario (*sic*) evidentemente no está fundada en un derecho suyo, que es negado por definición en virtud de la circunstancia de que la recuperación de la disponibilidad resulta de una rescisión ilegítima. La locución alude a una mera situación de hecho, a la reincorporación del bien a la esfera propia de control y dominio material; control y dominio por un lado ilegítimos, porque derivan de un acto ilegítimo; pero por otro lado, legitimados o por lo menos consolidados por la regla según la cual frente a ellos queda excluido cualquier remedio que no sea el resar-

cimiento del daño (y en particular, cualquier remedio que implique la recuperación del bien por parte del que tiene derecho a ello).

En otras palabras, el sentido de la norma es: si luego de la rescisión ilegítima el arrendador recobra de hecho el control y dominio material de la vivienda, lo que en realidad sucede es que se proscribe la tutela por vínculo (que tiende a la continuación del arrendamiento), lo que implica contrastar e invertir la situación de hecho creada, y replegarse a la tutela por resarcimiento; mientras que si a la rescisión ilegítima del arrendador no sigue la toma de control y dominio material de la vivienda, ello da espacio a la tutela por vínculo, y el arrendatario podrá hacer valer inclusive su pretensión de proseguir con la relación. Entonces, fuerza del hecho, porque es el hecho el que determina la calidad y el nivel de tutela jurídica del interés protegido.

El segundo aspecto es el protagonismo de la cuantificación del daño y el resarcimiento. En efecto, es significativo que la norma, luego de haber dispuesto la sustitución de la tutela por vínculo por la tutela por resarcimiento, se preocupe por determinar el alcance de ésta, predeterminando el *quantum* que el arrendador debe al arrendatario: (no menos de) 36 mensualidades del último canon.

Se buscará ahora explicar el por qué estos dos elementos tienen una trascendencia más general, que va más allá del supuesto de hecho y de la norma sectorial apenas considerada.

VI. SIGUE. LA IMPORTANCIA DE LOS MISMOS ELEMENTOS SE MANIFIESTA TAMBIÉN EN UN PLANO MÁS GENERAL: LOS REMEDIOS FRENTE A LA INEJECUCIÓN DEL CONTRATO

La fuerza del hecho y el protagonismo de la cuantificación del resarcimiento son decisivos para comprender, en una perspectiva realista, el verdadero sentido y el verdadero alcance de los remedios frente a la inejecución del contrato.

Partamos del esquema estándar: “X” sostiene que “Z” ha incumplido, por lo que exige la resolución del contrato. Bien, conviene saber que en un caso tal lo que realmente está en juego no es la suerte del contrato, sino el resarcimiento que “X”, sin duda, habrá exigido junto con la resolución; aquí, en realidad, no se trata de decidir si el contrato se resuelve o no, sino que se trata de decidir si una parte debe o no dinero a la otra, y cuánto.

En el escenario planteado, la resolución del contrato, o en términos más generales, su muerte, es en efecto, un hecho que se da por descontado y que resulta inevitable, porque frente a la demanda de “X” las alternativas son dos.

“Z” puede (como sucede a menudo) reconvenir a “X” con otra demanda de resolución, por el incumplimiento del propio “X”. Se plantea ahora un problema de incumplimiento recíproco, y se tratará de ver quién de los dos tiene razón; pero en cualquier caso, la suerte del contrato es clara, porque sendas partes quieren y exigen su resolución, y el juez no podrá sino pronunciarla. La verdadera materia en discusión, el verdadero objeto del litigio es otro: si “X” debe resarcir a “Z”, o si por el contrario es “Z” quien debe resarcir a “X”, y en qué medida.

O bien “Z” se limita a resistirse a la demanda resolutoria de “X”, solicitando su rechazo por ausencia de los presupuestos necesarios (sostiene no haber incumplido, o que el incumplimiento es de poca importancia). Podría parecer que aquí existe incertidumbre sobre la suerte del contrato, pues el juez podrá acoger la demanda de resolución, o rechazarla; pero es una incertidumbre sólo aparente, porque también aquí la suerte del contrato resulta tendencialmente signada en el sentido de su destrucción.

En realidad, no se puede pensar que la suerte del contrato permanece en la incertidumbre (¿se resolvió o no se resolvió?) durante el tiempo del litigio. ¿Qué sucede con el contrato durante todo ese tiempo, que puede no ser breve? Es lógico pensar que las partes no lo cumplan; ciertamente,

no lo cumple el actor, que sostiene y quiere su resolución; pero tampoco el demandado lo cumple, porque si bien es cierto que él comienza por impugnar la resolución, cuando el actor por su parte comience a incumplir el contrato, él suspenderá su cumplimiento *ex* artículo 1460 C. C., o incluso exigirá él mismo la resolución. Un contrato que permanece sin ejecución por el largo periodo de tiempo del proceso es un contrato que está definitivamente muerto, que no se concibe pueda resucitarse con el éxito del litigio.

¿Y entonces sobre qué se centra el litigio? Una vez más, sobre el resarcimiento de los daños derivados de la inejecución del contrato, que ha signado irremediamente su fin.

Emerge, en esta perspectiva, la fuerza del hecho, porque es el *hecho* del incumplimiento, unido al *hecho* de la voluntad resolutoria, aquello que en definitiva mata al contrato, antes y más allá de cualquier verificación formal acerca de la subsistencia de los presupuestos legales de la resolución. (Lo que, observo incidentalmente, debería conducir a reconsiderar el espacio y el papel de la resolución automática, y en particular a reflexionar sobre el mecanismo –conocido en otros sistemas– de la resolución por declaración unilateral de la parte víctima del incumplimiento).

Emerge, del mismo modo, el protagonismo de la cuantificación del resarcimiento, porque la determinación judicial de la gravedad, la imputabilidad, el tiempo, el modo y las consecuencias del incumplimiento sirve no tanto para dilucidar si el contrato está vivo o muerto, sino, dando por descontada su muerte, esencialmente para establecer la entidad de las consecuencias resarcitorias que resultan del mismo.

Para retomar fórmulas ya mencionadas, no se trata de un problema de (tutela por) vínculo, porque el vínculo ciertamente está destruido; es sólo un problema de (tutela por) resarcimiento, que parte de la destrucción del vínculo.

VII. SIGUE. UN BREVE RETORNO A LA REVOCATORIA DE LA OFERTA, FORMACIÓN PROGRESIVA, CONTRATO CON REPRESENTANTE FALSO

Viéndolo bien, los mismos esquemas de razonamiento pueden aplicarse inclusive a situaciones que anteriormente fueron referidas como emblemáticas de la alternativa y de la contigüidad entre la tutela por vínculo y la tutela por resarcimiento; y aplicándolas, algo podrá agregarse a las consideraciones hasta ahora desarrolladas.

Como se ha visto, el aceptante que sufre la revocatoria puede tener derecho al contrato o derecho al resarcimiento, según lo que se logre probar y argumentar sobre la tempestividad o intempestividad de la revocatoria. Lo mismo puede decirse para la parte involucrada en la formación progresiva de un contrato que es sorprendida por la fuga de la contraparte, quien abandona unos tratos preliminares avanzadísimos y prácticamente ya acabados; si prueba que el contrato está formado, tiene derecho al contrato; en caso contrario, tiene derecho por lo menos al resarcimiento. *Idem* para el tercero contratante que contrata con el falso representante; tiene derecho al contrato con el falso representado, si demuestra el mandato tácito o la apariencia de poderes representativos; o al resarcimiento, si no están dadas las condiciones para sostener la existencia del vínculo contractual frente al representado.

Pero a estas alturas debemos sospechar que, en la mayoría de los casos, la posición de la parte es la posición de quien, en la realidad de las cosas, puede contar con la sola tutela por resarcimiento y no con la tutela por vínculo, aun cuando los presupuestos de ésta última estén dados en abstracto.

Suponemos que el litigio entre las partes se plantea para decidir respecto de que la revocatoria fue intempestiva, que del progreso de los acuerdos previos el contrato en definitiva se formó, que el contrato rechazado por quien se dice falsamente representado es, en cambio, eficaz frente

al mismo. En todos estos casos la parte protegida puede invocar la tutela por vínculo, y en consecuencia hacer valer su derecho contractual y pretender su ejecución. Sin embargo, resulta incierto que efectivamente tenga *chance* de lograrlo. Quien revoca la oferta no quiere el contrato; lo mismo para quien niega que los tratos preliminares, aún avanzados, hayan dado lugar a la formación del contrato; lo mismo para el (falso) representado que niega la eficacia del contrato. Ellos no quieren el contrato, y sostienen (aun sin razón) que no existe. Es entonces lógico pensar que se comportarán como si el contrato en realidad no existiera, y en consecuencia no lo cumplirán. En este punto se desata la dinámica que, partiendo de la inejecución material, conduce inexorablemente a la destrucción del contrato, compensada con el resarcimiento del daño.

Emerge de nuevo la fuerza del hecho. Es el elemento fáctico del rechazo (aun ilegítimo) del contrato por obra de la contraparte lo que constriñe a la parte protegida, si bien en abstracto con derecho a la tutela por vínculo, a replegarse a la tutela por resarcimiento.

Pero emerge también el protagonismo de la cuantificación del resarcimiento. Como siempre, todo se reduce a establecer cuánto dinero tiene derecho a recibir la parte protegida. A este propósito, no resulta irrelevante saber si entre las partes se constituyó o no el vínculo contractual, porque si resulta que se constituyó la parte protegida tiene derecho a un resarcimiento cuantificado sobre los parámetros de la responsabilidad contractual, y en consecuencia al interés positivo; mientras que en caso contrario sólo puede pretender el resarcimiento del interés negativo, según el esquema de la responsabilidad precontractual.

Entonces, la controversia sobre los presupuestos de la tutela por vínculo no es sólo académica, aun si en realidad no es posible desembocar en la efectiva ejecución de tal género de tutela (a la cual se opone la fuerza del hecho). No es sólo académica porque tiene una importante incidencia

sobre los contenidos concretos que se pretenden asignar a la tutela alternativa –aquella por resarcimiento (la única que la fuerza del hecho permite)–, ya que incide sobre el *quantum* debido al destinatario de la tutela misma.

VIII. EL CONTRATO “A LA AMERICANA”:

¿EN CRISIS LA IDEA DEL CONTRATO COMO VÍNCULO?

El razonamiento ha sido desarrollado hasta aquí en términos muy empíricos, podría decirse “tierra-tierra”; ensayemos ahora a elevarnos hacia los cielos de la teoría. Los datos reunidos hasta acá nos favorecen, porque ofrecen ideas útiles para volver sobre la teoría del contrato, o inclusive para interrogarse nuevamente sobre la “naturaleza” y el “sentido” del instituto.

En la tradición europea, la idea de contrato no puede desligarse de la idea de vínculo contractual: “El contrato tiene fuerza de ley entre las partes” (1.^a parte inc. 1.^o art. 1372 C. C.). Técnicamente, dicha idea expresa la resistencia del contrato al arrepentimiento unilateral de las partes, imposibilidad para las partes de destruir unilateralmente el contrato: “El contrato [...] No puede ser resuelto sino por mutuo disenso o por causas legales” (2.^a parte inc. 1.^o art. 1372 C. C.). En el plano ideológico, la idea de vínculo refleja un imperativo que pertenece a la moral, antes que al derecho: *pacta sunt servanda*.

En los desarrollos del pensamiento jurídico europeo, el vínculo contractual puede haber sido sometido a discusión en lo que se refiere a sus condiciones y a sus límites. Se discutió acerca de cuándo puede considerarse que ha nacido el vínculo, y si el umbral de su constitución debe ser más avanzado o más atrasado; se discutió acerca de cuáles circunstancias le permiten a una parte aspirar a liberarse del vínculo válidamente creado; y así por el estilo. Pero nunca se desafió al vínculo como tal, en su valor de elemento que identifica al contrato –en su sentido, su razón de ser–.

Este desafío se verificó en cambio en el mundo del *common law*, más precisamente, en el mundo del *common law* estadounidense. Durante un siglo entero –desde las viejas sugerencias de OLIVER W. HOLMES, de finales del XIX, hasta las teorías más extremas sobre el *efficient breach*, elaboradas a finales del XX por los cultores del análisis económico del derecho– el pensamiento jurídico estadounidense ha estado influenciado por una idea, cual es que del contrato no derivan para las partes obligaciones de cumplimiento, sino poderes de elección entre cumplimiento e incumplimiento / resarcimiento; la opción entre cumplimiento e incumplimiento se plantea en un área de indiferencia axiológica, reduciéndose a consideraciones de pura conveniencia económica, porque la violación del contrato merece ser considerada “mejor” que su respeto, toda vez que garantice una “mejor” colocación de los recursos.

Emerge, con claridad, un modelo de contrato que rechaza la idea del vínculo, desconoce la santidad del principio *pacta sunt servanda*, se aparta totalmente de aquella metáfora de la “fuerza de ley”.

Surge una pregunta. La pregunta es si las líneas de análisis sugeridas en las páginas anteriores –la “desdramatización” del problema de la formación del contrato, y en consecuencia de la constitución del vínculo; la contigüidad y la tranquila alternatividad entre la tutela por vínculo y la tutela por resarcimiento; el reconocimiento de una fuerza del hecho que con frecuencia prácticamente disuelve la tutela por vínculo, convirtiéndola en una tutela por resarcimiento– tienden al paradigma de un contrato “a la americana”, en el sentido que se acaba de señalar. Más exactamente, en el sentido de una erosión del valor del vínculo contractual, que de esencia del contrato se reduciría a medida de cálculo para la regulación monetaria de la relación entre las partes.

Analizar hasta qué punto la hipótesis de la “desdramatización” (de la formación) del vínculo contractual, propuesta en las páginas precedentes, abre la perspectiva de

una mutación de la naturaleza misma del contrato, según la conoce nuestra tradición, es un propósito ambicioso y complejo que excede en mucho el objetivo de este aporte. Acá nos limitamos a bastante menos, y ello es a precisar los límites dentro de los cuales es necesario impulsar esa hipótesis “desdramatizante”. La misma ha sido planteada hasta ahora en términos indiscriminados, es tiempo ahora de discriminar.

IX. “DESDRAMATIZACIÓN” SELECTIVA, Y CRITERIOS DE SELECCIÓN: LA IMPORTANCIA DE LA PRODUCCIÓN DE EFECTOS TRASLATICIOS, Y DE LA POSIBILIDAD DE EJECUCIÓN EN FORMA ESPECÍFICA

La hipótesis –recordamos– es la relativa indiferencia de la circunstancia que un contrato se haya o no formado, sea o no eficaz, se encuentre o no resuelto (y, podemos agregar, sea o no válido). Indiferencia determinada por la fuerza del hecho, pues si en la realidad fáctica una parte no quiere (más) el contrato y se niega a cumplirlo, y efectivamente no lo cumple, ese contrato –aun si para el derecho se formó, es válido y se encuentra vigente– en realidad está muerto en su valor de vínculo. O mejor: saber si el contrato se formó o no, si es eficaz o ineficaz, válido o inválido, si se encuentra vigente o resuelto, podrá poner en evidencia ese fin menos dramático de saber si una parte debe resarcir en dinero a la otra, y en qué medida.

Pero esta hipótesis no siempre funciona. No funciona, en particular, cada vez que el duro hecho de la inejecución del contrato deba valorarse con un contra-elemento también duro, presente en el supuesto de hecho. Salgamos de la abstracción con un par de ejemplos.

“H” compra a “K”, y quiere el bien; “K” le niega el bien, sosteniendo que la venta no se perfeccionó, es ineficaz, inválida o se resolvió. Decidir este asunto, y en consecuencia determinar si el vínculo existe o no existe, equivale a deter-

minar a quién corresponde la propiedad; estamos entonces frente a una situación en la que la tutela por vínculo puede hacerse efectiva inclusive contra la voluntad de inejecución de la parte obligada, porque al verificarse una atribución de propiedad se prescinde de la cooperación de esa parte.

Justo en razón de ello, las alternativas—contrato formado o no, eficaz o ineficaz, resuelto o vigente, válido o inválido— se cargan acá de un dramatismo que en otros casos no tienen, y restituyen al vínculo todo su valor. Se encuentra involucrada la propiedad, y la implicación de un derecho tan “terrible” (o “sacro”, que etimológicamente es lo mismo) vuelve a su vez más “terrible” (o más “sacro”) el vínculo contractual que lo contempla como su objeto.

Otro ejemplo: “X” edifica; pero “Z”, como no quiere la edificación, demanda a “X” en razón de una obligación de no edificar asumida por éste; “X” se defiende diciendo que dicho contrato no se formó, es ineficaz, inválido, o se resolvió. También aquí decidir quién de los dos tiene la razón sobre el tema controvertido —es decir, sobre la existencia o vigencia del vínculo contractual— es una decisión dramática, porque el vínculo no reduce su alcance a una simple tutela por resarcimiento, sino que tiene el valor y la fuerza de un derecho susceptible de efectiva ejecución; instrumento de ello es, claramente, la ejecución en forma específica.

De allí una primera y rudimentaria conclusión. La “desdramatización” del vínculo contractual, el debilitamiento de su fuerza y de su valor constituyen una hipótesis plausible respecto de los contratos con efectos obligatorios (especialmente si son de duración), que implican una cooperación entre las partes, y que no se concibe puedan ejecutarse coactivamente en forma específica. La hipótesis debe en cambio declinar frente a contratos que generan un vínculo susceptible de efectiva ejecución: contratos traslativos (y en general, con efectos reales); contratos abiertos a la posibilidad de ejecución en forma específica.

Las cuentas salen, incluso respecto de cuanto se decía sobre las concepciones que en el ambiente estadounidense tienden al debilitamiento del vínculo contractual. ¿Se tratará de que esas concepciones maduraron en un contexto que no posee, en los términos en que nosotros la tenemos, la idea del contrato traslaticio, porque el contrato –*promise*, o *set of promises*– se configura esencialmente como contrato con efectos obligatorios? Y, aún más, en un contexto en el cual por antigua tradición el *specific performance* constituye un remedio tan singular y marginal que se ha sustraído a las cortes de *common law*, para ser confiado a la jurisdicción de *equity*, ¿a los *damages* y sólo a los *damages* corresponde el puesto central en el universo de los remedios?

X. POR UN NUEVO PROTAGONISMO DE LA DISTINCIÓN
ENTRE CONTRATOS CON EFECTOS OBLIGATORIOS
(CONTRATOS PARA LA COOPERACIÓN) Y CONTRATOS CON
EFECTOS REALES (CONTRATOS SOBRE LA PERTENENCIA)

Finalmente, ensayemos a traducir la (rudimentaria) conclusión, señalada poco antes, en el prospecto (también rudimentario) de una línea de reflexión que toca la sistemática del contrato.

La sistemática del contrato se encuentra influenciada en estos tiempos por fuertes vientos de novedad. Se señala la creación de nuevas clasificaciones –contratos *business-to-business* y contratos *business-to-consumer*, contratos negociados y contratos no negociados, contratos individuales y contratos estandarizados, contratos entre iguales y contratos con asimetría de poderes contractuales– que se muestran como constitutivas de una nueva y significativa articulación y diferenciación de los regímenes contractuales.

No se quiere negar estas novedades, y su importancia; en repetidas ocasiones quien escribe les ha reconocido y atribuido valor ampliamente. Sólo se quiere sugerir que –más allá de ellas– otra clasificación amerita una renovada

atención, la cual no surge de los desarrollos más o menos recientes de la legislación especial, sino que hunde sus raíces en una tradición del pensamiento jurídico mucho más antigua; y que no obstante, si es retomada con inteligencia y sensibilidad en la práctica, puede desatar potencialidades heurísticas aún no exploradas en su totalidad.

Se trata, como es fácil intuir en este punto, de la clasificación que contrapone la categoría de los contratos con efectos obligatorios (especialmente de duración) y la categoría de los contratos con efectos reales, marcadamente traslaticios. O, si se prefieren fórmulas menos antiguas, contratos para la cooperación y contratos para la pertenencia.

En el plano de las previsiones normativas, las particularidades del régimen de los contratos con efectos reales, que los distinguen de los contratos con efectos obligatorios, se agotan en la confirmación del principio del consenso traslaticio (art. 1376 C. C.), o en algunas de sus recaídas o calificaciones frente a problemas específicos: la distribución de la garantía patrimonial entre los acreedores de las dos partes; y en cuanto a las relaciones *inter partes*, la inversión del riesgo y la determinación de la suerte del contrato frente al perecimiento de la cosa (art. 1465 C. C.).

La elaboración doctrinaria ha ido más allá, identificando bajo distintas ópticas importantes líneas de diferenciación entre las dos categorías de contratos. Por ejemplo, bajo la óptica de la causa y de la abstracción: a la luz de la cual se contraponen contratos con efectos obligatorios, más abiertos a soportar cierto grado de abstracción de la causa; y contratos con efectos reales, más rígidamente atados al principio causalista (por lo menos para quien sea –como el autor de estas páginas– poco propenso a sostener que el art. 1988 es aplicable a las declaraciones que reconocen derechos reales).

O también bajo la óptica que se relaciona con la intensidad de la manifestación del consentimiento, necesaria para constituir el vínculo contractual y producir los efectos corres-

pondientes, ya que para los efectos obligatorios se reputan aplicables esquemas de formación del acuerdo de estructura ligera, que prescinden de la aceptación del destinatario de los efectos (contrato celebrado mediante silencio del destinatario de la oferta *ex art. 1333 C. C.*), o incluso prescinden de su acuerdo (atribución a favor de un tercero); mientras que tales esquemas deben entenderse inaplicables cuando se trata de constituir un vínculo que implica efectos reales, pues para éste se exige un acuerdo de estructura pesada, basado sobre la aceptación del destinatario.

Los aspectos desarrollados en estas páginas—colocándose en la perspectiva de los remedios y de las tutelas contractuales, y atribuyendo una fuerza e importancia distintas al vínculo, según que el contrato implique efectos obligatorios (cooperación) o efectos reales (pertenencia)— pueden no ser inútiles en el propósito de enriquecer, amplificar, intensificar el sentido y la importancia de la antigua pero siempre actual clasificación.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en mayo de 2005

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos
y se imprimió sobre propalbond de 70 gramos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares
Bogotá, Colombia

Post tenebras spero lucem

